Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 2005 Vol. 1

1er cahier, 2005 Vol. 1

Cited as [2005] 1 S.C.R. 3-199

Renvoi [2005] 1 R.C.S. 3-199

LIBRARY - SUPREME COURT OF CANADA
BIBLIOTHÈQUE - COUR SUPRÊME DU CANADA

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2005.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2005.

CONTENTS

British Columbia Hydro and Power Authority *v.* British Columbia (Environmental Appeal Board) 3

Corporations — Amalgamation — Liability for remediation of contaminated sites — Public utilities — Amalgamation agreement providing that amalgamated corporation assumed all duties, liabilities and obligations to which predecessor corporations subject "immediately before the amalgamation" — Amalgamated corporation not immune from responsibility for remediation of contamination caused by pre-amalgamation activities of one of its predecessor corporations — Wording of amalgamation agreement not limiting liability of amalgamated corporation.

Environmental law — Remediation of contaminated sites — Liability — Public utilities — Amalgamation agreement providing that amalgamated corporation assumed all duties, liabilities and obligations to which predecessor corporations subject "immediately before the amalgamation" — Amalgamated corporation not immune from responsibility for remediation of contamination caused by pre-amalgamation activities of one of its predecessor corporations — Wording of amalgamation agreement not limiting liability of amalgamated corporation.

Marche *v.* Halifax Insurance Co. 47

Insurance — Fire insurance — Statutory conditions — Material change to risk — Vacancy — Insured's property destroyed by fire — Insurer denying claim because insured failed to inform them of earlier vacancy — Statutory condition permitting avoidance of fire insurance contract if insurer not promptly notified of any change material to risk within control and knowledge of insured — Provision in insurance legislation giving court discretion to relieve insured from avoidance of fire insurance contract where stipulation, condition or warranty unjust or unreasonable — Whether relief provision applies to statutory conditions — Insurance Act, R.S.N.S. 1989, c. 231, s. 171, Sch. to Part VII, Statutory Condition 4.

Nova Scotia (Minister of Health) *v.* J.J. 177

Adult protection — Plan of care for adult in need of protection — Family Court jurisdiction — Whether Family Court has jurisdiction to impose terms and conditions on plan proposed by Minister of Health for vulnerable adult's care — Adult Protection Act, R.S.N.S. 1989, c. 2, s. 9(3)(c).

R. *v.* Clark 6

Criminal law — Disorderly conduct — Indecent acts — Public place — Criminal Code prohibits wilfully doing indecent act in public place — Whether masturbating in illuminated room before uncovered window while

Continued on next page

SOMMAIRE

British Columbia Hydro and Power Authority *c.* Colombie-Britannique (Environmental Appeal Board) 3

Compagnies — Fusion — Responsabilité en matière de décontamination de sites — Services publics — Accord de fusion prévoyant que la nouvelle société assume tous les devoirs, responsabilités et obligations qui incombaient aux sociétés fusionnées « immédiatement avant la fusion » — Nouvelle société non exemptée de la responsabilité d'éliminer la contamination résultant des activités d'une des sociétés fusionnées avant la fusion — Texte de l'accord de fusion ne limitant pas la responsabilité de la nouvelle société.

Droit de l'environnement — Responsabilité en matière de décontamination de sites — Services publics — Accord de fusion prévoyant que la nouvelle société assume tous les devoirs, responsabilités et obligations qui incombaient aux sociétés fusionnées « immédiatement avant la fusion » — Nouvelle société non exemptée de la responsabilité d'éliminer la contamination résultant des activités d'une des sociétés fusionnées avant la fusion — Texte de l'accord de fusion ne limitant pas la responsabilité de la nouvelle société.

Marche *c.* Cie d'Assurance Halifax 47

Assurance — Assurance-incendie — Conditions légales — Changement dans les circonstances constitutives du risque — Inoccupation — Destruction du bien des assurés dans un incendie — Refus d'indemnisation de la part de l'assureur au motif que les assurés ne l'ont pas informé d'une inoccupation antérieure — Condition légale permettant l'annulation du contrat d'assurance-incendie si l'assureur n'est pas promptement avisé d'un changement dans les circonstances constitutives du risque sur lequel l'assuré exerce un contrôle et dont il a connaissance — Disposition de la loi sur les assurances accordant au tribunal le pouvoir discrétionnaire de remédier à l'annulation du contrat d'assurance-incendie si la stipulation, la condition ou la garantie est injuste ou déraisonnable — La disposition d'exemption s'applique-t-elle aux conditions légales? — Insurance Act, R.S.N.S. 1989, ch. 231, art. 171, ann. de la partie VII, condition légale 4.

Nouvelle-Écosse (Ministre de la Santé) *c.* J.J. 177

Protection des adultes — Plan de soins pour adultes ayant besoin de protection — Compétence du Tribunal de la famille — Le Tribunal de la famille a-t-il compétence pour imposer des conditions aux plans de soins proposés par le ministre de la Santé à l'égard d'adultes vulnérables? — Adult Protection Act, R.S.N.S. 1989, ch. 2, art. 9(3)c).

Suite à la page suivante

unknowingly being observed by neighbours is indecent act in public place — Whether living room "public place" within meaning of ss. 150 and 173(1)(a) of Criminal Code — Meaning of word "access" in definition of "public place" in s. 150 of Criminal Code.

R. *v.* Decorte **133**

Criminal law — Police — Powers of First Nations Constables — Whether First Nations Constables may set up R.I.D.E. operations just outside reserves they are engaged primarily to serve — Whether First Nations Constables then remain "peace officers" within meaning of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 "peace officer" (c), 145(3), 254(5) — Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8, s. 48 — Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, ss. 42(1), 54(3).

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — First Nations Constables setting up R.I.D.E. operations just outside reserves they are engaged primarily to serve — Accused stopped, arrested and charged with two offences under Criminal Code — Whether accused arbitrarily detained by First Nations Constables — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9.

R. *v.* Grandinetti **27**

Criminal law — Evidence — Confessions — Admissibility — Person in authority — Accused admitting crime to undercover police officers — Whether undercover police officers "persons in authority" — Whether inculpatory statements properly admitted at trial without voir dire to determine their voluntariness.

Criminal law — Evidence — Possible involvement of third party in commission of offence — Accused charged with first degree murder — Trial judge excluding evidence suggesting that victim might have been killed by third party — Whether evidence should have been admitted — Whether sufficient connection between third party and crime.

R. *v.* Krymowski **101**

Criminal law — Hate propaganda — Wilful promotion of hatred — Whether Crown failed to prove that wilful promotion of hatred was against "Roma" as particularized in information — Whether trial judge ought to have taken judicial notice of dictionary definitions demonstrating relationship between gypsies and Roma — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 319(2).

R. *v.* Ménard **24**

Criminal law — Appeal — Conviction — Jury returning verdict of first degree murder at trial — Charge to jury fatally flawed — Court of Appeal correct in setting aside conviction for first degree murder but wrong in substituting

Continued on next page

R. *c.* Clark **6**

Droit criminel — Inconduite — Actions indécentes — Endroit public — Code criminel interdisant de commettre volontairement une action indécente dans un endroit public — La personne qui, sans savoir que des voisins l'observent, se masturbe dans une pièce éclairée, près d'une fenêtre dont les rideaux sont ouverts, commet-elle une action indécente dans un endroit public? — Un salon est-il un « endroit public » au sens de l'art. 150 et de l'art. 173(1)a) du Code criminel? — Sens du mot « accès » dans la définition de l'expression « endroit public » à l'art. 150 du Code criminel.

R. *c.* Decorte **133**

Droit criminel — Police — Pouvoirs des agents des premières nations — Les agents des premières nations peuvent-ils mettre sur pied des opérations R.I.D.E. juste à l'extérieur des réserves au service desquelles ils ont principalement été embauchés? — Les agents des premières nations sont-ils encore, alors, des « agents de la paix » au sens du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 « agent de la paix » c), 145(3), 254(5) — Code de la route, L.R.O. 1990, ch. H.8, art. 48 — Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 42(1), 54(3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Opération R.I.D.E. mise sur pied par des agents des premières nations juste à l'extérieur des réserves au service desquelles ils ont principalement été embauchés — Accusé intercepté, arrêté et inculpé de deux infractions au Code criminel — L'accusé a-t-il été détenu arbitrairement par les agents des premières nations? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9.

R. *c.* Grandinetti **27**

Droit criminel — Preuve — Aveux — Recevabilité — Personne en situation d'autorité — Aveu d'un crime à des agents doubles de la police — Un agent double de la police est-il une « personne en situation d'autorité »? — La juge du procès a-t-elle eu raison d'admettre en preuve les déclarations inculpatoires sans tenir un voir-dire sur leur caractère volontaire?

Droit criminel — Preuve — Possibilité qu'une autre personne ait commis l'infraction — Accusation de meurtre au premier degré — Décision de la juge de première instance d'exclure la preuve qu'une autre personne que l'accusé avait pu assassiner la victime — La preuve aurait-elle dû être admise? — Existait-il un lien suffisant entre l'autre personne et le crime?

R. *c.* Krymowski **101**

Droit criminel — Propagande haineuse — Fomentation volontaire de la haine — Le ministère public a-t-il été

Suite à la page suivante

conviction for second degree murder where another verdict might be reasonable — New trial ordered on original indictment — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(3).

Criminal law — Murder — Charge to jury — Errors in trial judge's instructions concerning causation requirement — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231(5).

R. *v.* Roberts **22**

Criminal law — Defences — Provocation — Accused convicted of second degree murder — No air of reality supporting objective components of test for defence of provocation — Court of Appeal correct in upholding trial judge's decision not to leave defence of provocation with jury.

Rothmans, Benson & Hedges Inc. *v.* Saskatchewan ... **188**

Constitutional law — Federal paramountcy — Retail display of tobacco products — Federal tobacco legislation allowing retailers to display tobacco and tobacco-related products, and signs indicating availability and price of tobacco products — Provincial tobacco control legislation banning all advertising, display and promotion of tobacco or tobacco-related products in any premises in which persons under 18 years of age are permitted — Whether provincial legislation inoperative pursuant to doctrine of federal legislative paramountcy — Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13, s. 30 — The Tobacco Control Act, S.S. 2001, c. T-14.1, s. 6.

Tsiaprailis *v.* Canada **113**

Income tax — Computation of employment income — Disability insurance benefits — Surrogatum principle — Taxpayer's disability insurance benefits terminated by insurer — Taxpayer suing insurer and settling claim on basis of lump sum payment — Release denying all liability on part of insurer — Whether lump sum payment made "pursuant to a disability insurance plan" — Whether portion of lump sum based on amount owing for past disability benefits taxable — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 6(1)(f).

UL Canada Inc. *v.* Quebec (Attorney General) **143**

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Colour of margarine — Provincial regulatory provision respecting colour of margarine constitutional — Provision falling within provincial jurisdiction over local trade — Constitution Act, 1867, s. 92 — Regulation respecting dairy products substitutes, R.R.Q. 1981, c. P-30, r. 15, s. 40(1)(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Regulatory provision respecting colour of margarine not infringing freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Regulation respecting dairy products substitutes, R.R.Q. 1981, c. P-30, r. 15, s. 40(1)(c).

Continued on next page

incapable de prouver que la fomentation volontaire de la haine visait les Rom, comme le précisait la dénonciation? — Le juge du procès aurait-il dû prendre connaissance d'office des définitions tirées de dictionnaires démontrant l'existence d'un rapport entre les termes Tsiganes et Rom? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 319(2).

R. *c.* Ménard **24**

Droit criminel — Appel — Déclaration de culpabilité — Jury ayant rendu un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré au procès — Défaut fatal dans les directives au jury — La Cour d'appel a eu raison d'annuler la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré, mais a commis une erreur en y substituant un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré, alors qu'un autre verdict pourrait être raisonnable — Nouveau procès ordonné relativement à l'acte d'accusation initial — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(3).

Droit criminel — Meurtre — Exposé au jury — Erreurs dans les directives du juge du procès concernant le lien de causalité — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 231(5).

R. *c.* Roberts **22**

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré — Absence de vraisemblance quant aux éléments objectifs du critère d'application du moyen de défense fondé sur la provocation — Cour d'appel ayant eu raison de confirmer la décision du juge du procès de ne pas soumettre à l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la provocation.

Rothmans, Benson & Hedges Inc. *c.* Saskatchewan ... **188**

Droit constitutionnel — Prépondérance des lois fédérales — Exposition de produits du tabac dans les établissements de vente au détail — Loi fédérale sur le tabac autorisant les détaillants à exposer du tabac et des produits connexes et à afficher la vente de produits du tabac et le prix de ces produits — Loi provinciale sur le tabac interdisant la publicité, l'exposition et la promotion de tabac ou de produits connexes dans les lieux auxquels ont accès les moins de 18 ans — La loi provinciale est-elle inopérante par l'effet de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales? — Loi sur le tabac, L.C. 1997, ch. 13, art. 30 — The Tobacco Control Act, S.S. 2001, ch. T-14.1, art. 6.

Tsiaprailis *c.* Canada **113**

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu d'emploi — Prestations d'assurance invalidité — Principe de la substitution — Arrêt par l'assureur du versement des prestations d'assurance invalidité — Poursuite intentée contre l'assureur par le contribuable et réglée par le paiement d'une somme forfaitaire — Renonciation dégageant l'assureur de toute

Suite à la page suivante

Administrative law — Regulations — Validity — Regulatory provision respecting colour of margarine valid — Provision clearly authorized by enabling legislation — Regulation respecting dairy products substitutes, R.R.Q. 1981, c. P-30, r. 15, s. 40(1)(c).

Vaughan *v.* Canada 146

Labour relations — Public service — Grievances — Early retirement incentive benefits — Courts — Jurisdiction — Public servant declared surplus wishing to take advantage of early retirement incentive benefits provided by regulation, not by collective agreement — Whether workplace dispute over entitlement to these benefits must be decided under grievance procedure established by Public Service Staff Relations Act — Whether absence of "recourse to independent adjudication" in grievance procedure sufficient for courts to get involved — Whether public servant has option of going to court when dispute grievable but not arbitrable — Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1985, c. P-35, ss. 91, 92.

responsabilité — La somme forfaitaire a-t-elle été versée « en vertu d'un régime d'assurance invalidité »? — La partie de la somme forfaitaire correspondant à des prestations d'invalidité échues est-elle imposable? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 6(1)f).

UL Canada Inc. *c.* Québec (Procureur général) 143

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Coloration de la margarine — Constitutionnalité de la disposition réglementaire provinciale sur la coloration de la margarine confirmée — Disposition relevant de la compétence des provinces sur le commerce local — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92 — Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q. 1981, ch. P-30, r. 15, art. 40(1)c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Disposition réglementaire sur la coloration de la margarine — Aucune atteinte à la liberté d'expression — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q. 1981, ch. P-30, r. 15, art. 40(1)c).

Droit administratif — Règlement — Validité — Disposition réglementaire sur la coloration de la margarine valide — Disposition clairement autorisée par la loi habilitante — Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q. 1981, ch. P-30, r. 15, art. 40(1)c).

Vaughan *c.* Canada 146

Relations de travail — Fonction publique — Griefs — Prestations de retraite anticipée — Tribunaux — Compétence — Fonctionnaire déclaré excédentaire souhaitant toucher les prestations de retraite anticipée prévues par règlement, mais non par la convention collective — Le différend en matière de relations de travail au sujet du droit à ces prestations doit-il être tranché selon la procédure de grief prévue à la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique? — L'absence de « recours à un décideur indépendant » dans la procédure de grief suffit-elle pour justifier l'intervention des tribunaux? — Le fonctionnaire a-t-il la possibilité de recourir au tribunal lorsque le différend peut faire l'objet d'un grief mais non d'un arbitrage? — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-35, art. 91, 92.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Volume 1, 2005

1er volume, 2005

North Fraser Harbour Commission and General Chemical Canada Ltd. *Appellants*

v.

Attorney General of British Columbia, Canadian Pacific Railway, Deputy Director of Waste Management and British Columbia Hydro and Power Authority *Respondents*

and

Friends of the Earth, Georgia Strait Alliance, T. Buck Suzuki Environmental Foundation and West Coast Environmental Law Association *Interveners*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY *v.* BRITISH COLUMBIA (ENVIRONMENTAL APPEAL BOARD)

Neutral citation: 2005 SCC 1.

File No.: 29971.

2005: January 20.

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

ON APPEAL FROM THE BRITISH COLUMBIA COURT OF APPEAL

Corporations — Amalgamation — Liability for remediation of contaminated sites — Public utilities — Amalgamation agreement providing that amalgamated corporation assumed all duties, liabilities and obligations to which predecessor corporations subject "immediately before the amalgamation" — Amalgamated corporation not immune from responsibility for remediation of contamination caused by pre-amalgamation activities of one of its predecessor corporations — Wording of amalgamation agreement not limiting liability of amalgamated corporation.

Environmental law — Remediation of contaminated sites — Liability — Public utilities — Amalgamation agreement providing that amalgamated corporation assumed all duties, liabilities and obligations to which predecessor corporations subject "immediately before

North Fraser Harbour Commission et General Chemical Canada Ltd. *Appelantes*

c.

Procureur général de la Colombie-Britannique, Chemin de fer Canadien Pacifique, Directeur adjoint de Waste Management et British Columbia Hydro and Power Authority *Intimés*

et

Les Ami(e)s de la Terre, Georgia Strait Alliance, T. Buck Suzuki Environmental Foundation et West Coast Environmental Law Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY *c.* COLOMBIE-BRITANNIQUE (ENVIRONMENTAL APPEAL BOARD)

Référence neutre : 2005 CSC 1.

N° du greffe : 29971.

2005 : 20 janvier.

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

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

Compagnies — Fusion — Responsabilité en matière de décontamination de sites — Services publics — Accord de fusion prévoyant que la nouvelle société assume tous les devoirs, responsabilités et obligations qui incombaient aux sociétés fusionnées « immédiatement avant la fusion » — Nouvelle société non exemptée de la responsabilité d'éliminer la contamination résultant des activités d'une des sociétés fusionnées avant la fusion — Texte de l'accord de fusion ne limitant pas la responsabilité de la nouvelle société.

Droit de l'environnement — Responsabilité en matière de décontamination de sites — Services publics — Accord de fusion prévoyant que la nouvelle société assume tous les devoirs, responsabilités et obligations qui incombaient aux sociétés fusionnées « immédiatement avant la

the amalgamation" — Amalgamated corporation not immune from responsibility for remediation of contamination caused by pre-amalgamation activities of one of its predecessor corporations — Wording of amalgamation agreement not limiting liability of amalgamated corporation.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Rowles, Prowse and Newbury JJ.A.) (2003), 229 D.L.R. (4th) 1, [2003] 10 W.W.R. 194, 185 B.C.A.C. 94, 303 W.A.C. 94, 17 B.C.L.R. (4th) 201, 2 C.E.L.R. (3d) 165, [2003] B.C.J. No. 1773 (QL), 2003 BCCA 436, reversing a judgment of Low J. (2000), 33 C.E.L.R. (N.S.) 301, [2000] B.C.J. No. 1012 (QL), 2000 BCSC 638, dismissing an application for judicial review of a decision of the Environmental Appeal Board, [1999] B.C.E.A. No. 57 (QL). Appeal allowed.

Michael P. Carroll, Q.C., and *Monika B. Gehlen*, for the appellants.

Elizabeth J. Rowbotham and *Nancy Brown*, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

John R. Singleton, Q.C., and *David G. Perry*, for the respondent British Columbia Hydro and Power Authority.

Margot A. Venton and *Robert V. Wright*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 THE CHIEF JUSTICE — The appeal is allowed for the reasons of Rowles J.A., dissenting in the Court of Appeal, with costs.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Davis & Company, Vancouver.

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

Solicitors for the respondent British Columbia Hydro and Power Authority: Singleton Urquhart, Vancouver.

fusion » — Nouvelle société non exemptée de la responsabilité d'éliminer la contamination résultant des activités d'une des sociétés fusionnées avant la fusion — Texte de l'accord de fusion ne limitant pas la responsabilité de la nouvelle société.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Rowles, Prowse et Newbury) (2003), 229 D.L.R. (4th) 1, [2003] 10 W.W.R. 194, 185 B.C.A.C. 94, 303 W.A.C. 94, 17 B.C.L.R. (4th) 201, 2 C.E.L.R. (3d) 165, [2003] B.C.J. No. 1773 (QL), 2003 BCCA 436, qui a infirmé un jugement du juge Low (2000), 33 C.E.L.R. (N.S.) 301, [2000] B.C.J. No. 1012 (QL), 2000 BCSC 638, qui avait rejeté une demande de contrôle judiciaire d'une décision de l'Environmental Appeal Board, [1999] B.C.E.A. No. 57 (QL). Pourvoi accueilli.

Michael P. Carroll, c.r., et *Monika B. Gehlen*, pour les appelantes.

Elizabeth J. Rowbotham et *Nancy Brown*, pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

John R. Singleton, c.r., et *David G. Perry*, pour l'intimée British Columbia Hydro and Power Authority.

Margot A. Venton et *Robert V. Wright*, pour les intervenants.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — L'appel est accueilli avec dépens, pour les raisons exposées par la juge Rowles, dissidente en Cour d'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelantes : Davis & Company, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimée British Columbia Hydro and Power Authority : Singleton Urquhart, Vancouver.

Solicitor for the interveners: Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

Procureur des intervenants : Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

Daryl Milland Clark *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. CLARK

Neutral citation: 2005 SCC 2.

File No.: 29976.

2004: November 2; 2005: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Disorderly conduct — Indecent acts — Public place — Criminal Code prohibits wilfully doing indecent act in public place — Whether masturbating in illuminated room before uncovered window while unknowingly being observed by neighbours is indecent act in public place — Whether living room "public place" within meaning of ss. 150 and 173(1)(a) of Criminal Code — Meaning of word "access" in definition of "public place" in s. 150 of Criminal Code.

The accused was observed masturbating near the uncovered window of his illuminated living room by neighbours from the privacy of their darkened bedroom, across contiguous back yards, from a distance of 90 to 150 feet. The police were summoned. They observed the accused from "just below the navel up" from the neighbour's bedroom and "from about maybe the neck or the shoulders up" from street level. The accused was charged under ss. 173(1)(*a*) and 173(1)(*b*) of the *Criminal Code*. Section 173(1) makes it an offence to wilfully do an indecent act (*a*) "in a public place in the presence of one or more persons", or (*b*) "in any place, with intent thereby to insult or offend any person". The trial judge convicted the accused under s. 173(1)(*a*) after finding he had converted his living room into a "public place" but acquitted him under s. 173(1)(*b*) after finding that it did not appear the

Daryl Milland Clark *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. CLARK

Référence neutre : 2005 CSC 2.

N° du greffe : 29976.

2004 : 2 novembre; 2005 : 27 janvier.

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

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

Droit criminel — Inconduite — Actions indécentes — Endroit public — Code criminel interdisant de commettre volontairement une action indécente dans un endroit public — La personne qui, sans savoir que des voisins l'observent, se masturbe dans une pièce éclairée, près d'une fenêtre dont les rideaux sont ouverts, commet-elle une action indécente dans un endroit public? — Un salon est-il un « endroit public » au sens de l'art. 150 et de l'art. 173(1)a) du Code criminel? — Sens du mot « accès » dans la définition de l'expression « endroit public » à l'art. 150 du Code criminel.

À partir de leur chambre à coucher non éclairée qui était située à une distance de 90 à 150 pieds de l'endroit où se trouvait l'accusé et qui donnait sur leurs arrière-cours contiguës, des voisins ont vu l'accusé se masturber près de sa fenêtre de salon alors que les rideaux étaient ouverts et que la pièce était éclairée. Les policiers appelés sur les lieux ont pu apercevoir l'accusé « jusqu'en dessous du nombril » lorsqu'ils se trouvaient dans la chambre à coucher des voisins en question, et d'« à peu près à partir du cou ou des épaules en montant » lorsqu'ils étaient au niveau de la rue. Des accusations fondées sur les al. 173(1)*a*) et 173(1)*b*) du *Code criminel* ont été portées contre l'accusé. Aux termes du par. 173(1), est coupable d'une infraction quiconque commet volontairement une action indécente *a*) « dans un endroit public en présence d'une ou de plusieurs

accused knew he was being watched or intended to insult or offend any person. The Supreme Court and the Court of Appeal of British Columbia upheld the conviction. The Court of Appeal concluded that the accused had "intentionally conducted himself in an indecent way, seeking to draw the attention of others".

Held: The appeal should be allowed. The accused's conviction is vacated and an acquittal entered.

The facts as found by the trial judge do not support the accused's conviction. The accused's act was not committed in a "public place" within the meaning of ss. 150 and 173(1)(*a*) of the *Criminal Code*. A "public place" is defined in s. 150 as "any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied". "Access" means "the right or opportunity to reach or use or visit" and not the ability of those who are neither entitled nor invited to enter a place to see or hear from the outside, through uncovered windows or open doors, what is transpiring within. Interpreting "public place" as contemplating physical as opposed to visual access renders the whole of s. 173(1) more coherent and is consistent with Parliament's legislative distinction in the *Criminal Code* between conduct that is criminal because it occurs "in a public place" and conduct that is criminal because it is "exposed to public view" or "open to public view". [11-14] [42-51]

The Court of Appeal erred by departing from the trial judge's appreciation of the evidence in the absence of a finding that he had committed a palpable and overriding error. It also erred in finding that the conviction was supported by case law that expands the meaning of a "public place" to include the place where the witnesses to an indecent act are physically situated. Even if correctly decided, this case law does not support the conviction since the accused's act did not occur in a public place within the expanded meaning. [9-10] [24-32]

Although the definition of "*endroit public*" in the French version of s. 150 contains no equivalent of the

personnes », ou *b*) « dans un endroit quelconque avec l'intention d'ainsi insulter ou offenser quelqu'un ». Le juge du procès a déclaré l'accusé coupable quant à l'accusation fondée sur l'al. 173(1)*a*), après avoir conclu qu'il avait converti son salon en « endroit public », mais il l'a acquitté relativement à celle fondée sur l'al. 173(1)*b*), après avoir conclu qu'il ne paraissait ni avoir su qu'on l'observait et ni avoir eu l'intention d'insulter ou offenser quelqu'un. La Cour suprême et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont confirmé la déclaration de culpabilité. La Cour d'appel a décidé que l'accusé s'était « volontairement conduit d'une manière indécente, cherchant à attirer l'attention d'autrui ».

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. La déclaration de culpabilité de l'accusé est annulée et un acquittement est inscrit.

Les faits constatés par le juge du procès n'étayent pas la déclaration de culpabilité de l'accusé. L'action de l'accusé n'a pas été commise dans un « endroit public » au sens de l'art. 150 et de l'al. 173(1)*a*) du *Code criminel*. À l'article 150, l'expression « endroit public » est définie comme étant « [t]out lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite ». Le terme « accès » désigne la « [p]ossibilité d'aller, de pénétrer dans (un lieu), d'entrer », et non la capacité d'une personne qui n'a pas accès, de droit ou sur invitation, à un lieu de voir ou d'entendre de l'extérieur — par une fenêtre dont les rideaux sont ouverts ou par une porte ouverte — ce qui se passe à l'intérieur. L'ensemble du par. 173(1) devient plus cohérent si on rattache l'expression « endroit public » à l'accès physique plutôt que visuel, et cette interprétation s'harmonise avec la distinction que le législateur établit, dans le *Code criminel*, entre la conduite qui est criminelle parce qu'elle est adoptée « dans un endroit public » et celle qui est criminelle parce qu'elle est adoptée « à la vue du public ». [11-14] [42-51]

La Cour d'appel a eu tort de s'écarter de l'appréciation que le juge du procès a faite de la preuve, en l'absence de conclusion que ce dernier avait commis une erreur manifeste et dominante en la faisant. Elle a également eu tort de conclure que la déclaration de culpabilité était étayée par la jurisprudence qui élargit le sens de l'expression « endroit public » en considérant qu'elle vise l'endroit où se trouvent les personnes qui sont témoins d'une action indécente. Même si elle était correcte, cette jurisprudence n'étaye aucunement la déclaration de culpabilité étant donné que l'action de l'accusé n'a pas été commise dans un endroit public au sens élargi. [9-10] [24-32]

Même si la définition de l'expression « endroit public » contenue dans la version française de l'art. 150

word "includes" found in the definition of "public place" in the English version, there is no need to choose between versions because both contemplate physical as opposed to visual access. [39-41]

Cases Cited

Explained: *R. v. Keir* (1919), 34 C.C.C. 164; *R. v. Buhay* (1986), 30 C.C.C. (3d) 30; *R. v. Thallman* (1863), 9 Cox C.C. 388; **referred to:** *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *R. v. Clifford* (1916), 26 D.L.R. 754; *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, 2004 SCC 6; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Hutt v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 476.

Statutes and Regulations Cited

An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 7.
An Act to amend the Criminal Code (prostitution), R.S.C. 1985, c. 51 (1st Supp.), s. 1.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 150, 173, 174, 213.
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, ss. 158, 159.

Authors Cited

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 2001, "access".
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Huddart, Hall and Saunders JJ.A.) (2003), 185 B.C.A.C. 87, 303 W.A.C. 87, [2003] B.C.J. No. 1594 (QL), 2003 BCCA 408, affirming a decision of Lander J. upholding the accused's conviction for wilfully committing an indecent act in a public place in the presence of one or more persons. Appeal allowed.

Gil D. McKinnon, Q.C., for the appellant.

ne comporte aucun terme équivalent au verbe « *includes* » figurant dans la définition de l'expression « *public place* » contenue dans la version anglaise de cet article, il n'est pas nécessaire de choisir entre ces versions étant donné qu'elles visent toutes les deux l'accès physique plutôt que visuel. [39-41]

Jurisprudence

Arrêts interprétés : *R. c. Keir* (1919), 34 C.C.C. 164; *R. c. Buhay* (1986), 30 C.C.C. (3d) 30; *R. c. Thallman* (1863), 9 Cox C.C. 388; **arrêts mentionnés :** *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *R. c. Clifford* (1916), 26 D.L.R. 754; *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Hutt c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 476.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 150, 173, 174, 213.
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 158, 159.
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. 19 (3e suppl.), art. 7.
Loi modifiant le Code criminel (prostitution), L.R.C. 1985, ch. 51 (1er suppl.), art. 1.

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Nouveau Petit Robert. Paris : Le Robert, 2003, « accès ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Huddart, Hall et Saunders) (2003), 185 B.C.A.C. 87, 303 W.A.C. 87, [2003] B.C.J. No. 1594 (QL), 2003 BCCA 408, qui a confirmé une décision du juge Lander qui avait confirmé la déclaration de culpabilité d'avoir commis volontairement une action indécente dans un endroit public en présence d'une ou de plusieurs personnes, prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli.

Gil D. McKinnon, c.r., pour l'appelant.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten and *Kenneth D. Madsen*, for the respondent.

Christine Bartlett-Hughes, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

The appellant stands convicted for having masturbated near the uncovered window of his illuminated living room.

He was first noticed by Mrs. S., a neighbour who was watching television with her two young daughters in their partially lit family room. Mrs. S. moved to another room for a better view and then alerted her husband. Together, they observed the appellant for 10 to 15 minutes from the privacy of their darkened bedroom, across contiguous backyards, from a distance of 90 to 150 feet.

The police were summoned and the appellant was charged under both s. 173(1)(*a*) and s. 173(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

Section 173(1)(*a*) makes it an offence to wilfully perform an indecent act "in a public place in the presence of one or more persons"; s. 173(1)(*b*), on the other hand, makes it an offence to wilfully commit an indecent act "in any place, with intent thereby to insult or offend any person".

According to the trial judge, it did not appear that the appellant knew he was being watched. Nor did the appellant intend "to insult or offend any person". Indeed, the trial judge found that there was "an escalation of [the appellant's] activity" when Mrs. S. left her partially illuminated family room, from which she could presumably be seen by the appellant. "[A]nd", the trial judge added, "there is nothing to suggest . . ., in fact, to the contrary, that [the

M. Joyce DeWitt-Van Oosten et *Kenneth D. Madsen*, pour l'intimée.

Christine Bartlett-Hughes, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

1 L'appelant a été reconnu coupable de s'être masturbé près de sa fenêtre de salon alors que les rideaux étaient ouverts et que la pièce était éclairée.

2 M^me^ S. — une voisine qui regardait la télévision avec ses deux fillettes dans leur salle familiale à demi éclairée — a été la première à l'apercevoir. Celle-ci a alerté son mari après s'être rendue dans une autre pièce pour mieux voir. À partir de leur chambre à coucher non éclairée qui était située à une distance de 90 à 150 pieds de l'endroit où se trouvait l'appelant et qui donnait sur leurs arrière-cours contiguës, ils ont tous les deux observé l'appelant, à son insu, pendant 10 à 15 minutes.

3 La police, appelée sur les lieux, a porté contre l'appelant des accusations fondées sur les al. 173(1)*a*) et 173(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

4 Aux termes de l'al. 173(1)*a*), est coupable d'une infraction quiconque commet volontairement une action indécente « dans un endroit public en présence d'une ou de plusieurs personnes »; par ailleurs, aux termes de l'al. 173(1)*b*), est coupable d'une infraction quiconque commet volontairement une action indécente « dans un endroit quelconque avec l'intention d'ainsi insulter ou offenser quelqu'un ».

5 Selon le juge du procès, l'appelant paraissait ignorer qu'on l'observait. Il n'avait pas non plus l'intention d'« insulter ou offenser quelqu'un ». En fait, le juge du procès a conclu qu'il y avait eu [TRADUCTION] « une intensification de l'activité » de l'appelant lorsque M^me^ S. a quitté la salle familiale à demi éclairée où l'appelant aurait vraisemblablement pu l'apercevoir. Le juge du procès a ajouté que [TRADUCTION] « rien n'indique [. . .] — et, en

appellant] was aware that [Mrs. S.] was watching from the darkened bedroom window".

6 The trial judge was satisfied, however, that the appellant had "converted" his living room into a public place and had, in that "public place", wilfully committed an indecent act in the presence of one or more persons.

7 On these findings, the trial judge acquitted the appellant under s. 173(1)(*b*) but found him guilty under s. 173(1)(*a*). His appeals to the Supreme Court and Court of Appeal of British Columbia were dismissed.

8 In affirming the appellant's conviction, the Court of Appeal nonetheless concluded that the appellant "intentionally conducted himself in an indecent way, seeking to draw the attention of others (members of the public) to himself on the evening in question" ((2003), 185 B.C.A.C. 87, 2003 BCCA 408, at para. 10). It was "an inescapable inference from the facts", said the Court of Appeal, "that what the appellant was doing here was acting in an exhibitionist manner and seeking to draw attention to himself in a residential neighbourhood while he was in view of other residents" (para. 5).

9 The appellant submits that the Court of Appeal, in this regard and in other respects as well, departed impermissibly from the trial judge's appreciation of the evidence. With respect, I agree. But since I would in any event allow the appeal on other grounds, I find it sufficient for present purposes simply to reaffirm the governing principles. Appellate courts may not interfere with the findings of fact made and the factual inferences drawn by the trial judge, unless they are clearly wrong, unsupported by the evidence or otherwise unreasonable. The imputed error must, moreover, be plainly identified. And it must be shown to have affected the result. "Palpable and overriding error" is a resonant and compendious expression of this well-established norm: see *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Toneguzzo-Norvell (Guardian*

fait, c'est plutôt le contraire — que [l'appelant] savait que [M^me^ S.] l'observait par la fenêtre de sa chambre à coucher non éclairée ».

Toutefois, le juge du procès était persuadé que l'appelant avait « converti » son salon en endroit public et qu'il avait, dans cet « endroit public », commis volontairement une action indécente en présence d'une seule ou de plusieurs personnes.

Après avoir tiré ces conclusions, le juge du procès a acquitté l'appelant relativement à l'accusation fondée sur l'al. 173(1)*b*), mais l'a déclaré coupable quant à celle fondée sur l'al. 173(1)*a*). Ses appels devant la Cour suprême et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont été rejetés.

En confirmant la déclaration de culpabilité de l'appelant, la Cour d'appel a néanmoins décidé que celui-ci [TRADUCTION] « s'[était] volontairement conduit d'une manière indécente, cherchant à attirer l'attention d'autrui (les membres du public) au cours de la soirée en question » ((2003), 185 B.C.A.C. 87, 2003 BCCA 408, par. 10). Selon la Cour d'appel, [TRADUCTION] « on peut seulement inférer des faits de la présente affaire que l'appelant a adopté un comportement exhibitionniste et qu'il cherchait à s'attirer l'attention du voisinage en s'exposant à la vue d'autres résidants » (par. 5).

L'appelant soutient qu'à cet égard, notamment, la Cour d'appel s'est écartée à tort de l'appréciation que le juge du procès a faite de la preuve. En toute déférence, je suis d'accord avec lui. Mais puisque, de toute manière, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour d'autres motifs, j'estime qu'il suffit simplement, en l'espèce, de réaffirmer les principes applicables. Les cours d'appel ne peuvent pas modifier les inférences et conclusions de fait du juge du procès, à moins qu'elles soient manifestement erronées, non étayées par la preuve ou par ailleurs déraisonnables. De plus, l'erreur imputée doit être clairement relevée. Il faut aussi démontrer qu'elle a influé sur le résultat. Les mots « erreur manifeste et dominante » expriment de manière concise et éloquente cette norme bien établie : voir *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S.

ad litem of) v. Burnaby Hospital, [1994] 1 S.C.R. 114; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33.

Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital, [1994] 1 R.C.S. 114; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33.

It has not been suggested that the trial judge in this case committed a palpable and overriding error in his appreciation of the evidence. This appeal therefore falls to be decided by applying the law as set out by Parliament to the facts as found by the trial judge.

10 Personne n'a laissé entendre que le juge du procès avait commis, en l'espèce, une erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la preuve. Le présent pourvoi doit donc être tranché par l'application des règles de droit énoncées par le législateur aux faits constatés par le juge du procès.

Section 173(1)(*a*) of the *Code* makes it an offence to wilfully perform an indecent act "in a public place in the presence of one or more persons". In virtue of s. 150, "'public place' includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied". Parliament has distinguished legislatively in Part V of the *Criminal Code* — the context that concerns us here — between conduct that is prohibited "in a public place" and conduct that is prohibited if it is "exposed to public view". We should not by judicial interpretation frustrate Parliament's manifest intention by merging these two different foundations of criminal liability.

11 L'alinéa 173(1)*a*) du *Code* interdit à quiconque de commettre volontairement une action indécente « dans un endroit public en présence d'une ou de plusieurs personnes ». À l'article 150, l'expression « endroit public » est définie comme étant « [t]out lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite ». Dans le contexte qui nous occupe en l'espèce, à savoir la partie V du *Code criminel*, le législateur établit une distinction entre la conduite prohibée « dans un endroit public » et la conduite prohibée si elle est adoptée « à la vue du public ». Les tribunaux doivent éviter de contrecarrer l'intention manifeste du législateur au moyen d'une interprétation confondant ces deux différents fondements de responsabilité criminelle.

Parliament has also created two different offences in ss. 173(1)(*a*) and 173(1)(*b*) of the *Criminal Code*. The former concerns indecent acts committed in a public place in the presence of one or more persons; the latter, indecent acts committed in any place, public or private, with intent to insult or offend any person. Here, the appellant was acquitted under s. 173(1)(*b*). His conviction under s. 173(1)(*a*) can therefore not be supported, as it was to some extent in the Court of Appeal, on grounds that were resolved finally and in the appellant's favour when he was acquitted by the trial judge under s. 173(1)(*b*).

12 Le législateur a également créé deux infractions distinctes aux al. 173(1)*a*) et 173(1)*b*) du *Code criminel*. Le premier alinéa porte sur les actions indécentes commises dans un endroit public en présence d'une seule ou de plusieurs personnes, et le second, sur les actions indécentes commises dans un endroit quelconque, public ou privé, avec l'intention d'insulter ou offenser quelqu'un. Dans le cas qui nous occupe, l'appelant a été acquitté relativement à l'accusation portée en vertu de l'al. 173(1)*b*). Sa déclaration de culpabilité fondée sur l'al. 173(1)*a*) ne saurait donc être justifiée, comme l'a fait dans une certaine mesure la Cour d'appel, par des motifs sur lesquels le juge du procès s'est prononcé de manière définitive et en faveur de l'appelant en examinant l'accusation portée contre lui en vertu de l'al. 173(1)*b*).

I agree with the appellant's submission that his living room was not a public place within the meaning of s. 173(1)(*a*). The living room of his private home

13 Je retiens l'argument de l'appelant voulant que son salon ne soit pas un endroit public au sens de l'al. 173(1)*a*). Le salon de sa résidence privée n'était

was not a place "to which the public [had] access as of right or by invitation, express or implied". From both the text and the context, it seems obvious to me that "access", as used here, means "the right or opportunity to reach or use or visit": *The Canadian Oxford Dictionary* (2001), at p. 7. I do not believe it contemplates the ability of those who are neither entitled nor invited to enter a place to see or hear from the outside, through uncovered windows or open doors, what is transpiring within.

14 In my respectful view, the trial judge thus erred in concluding that the appellant's living room had been "converted" by him into a public place simply because he could be seen through his living room window and, though he did not know this, was being watched by Mr. and Mrs. S. from the privacy of their own bedroom 90 to 150 feet away.

15 I shall explain more fully below why I would allow the appeal on this ground alone. First, however, a closer look at the facts and the proceedings below.

II

16 The appellant was first noticed by Mrs. S. while she was watching television with her two young daughters in their family room, which was lit up only by the television screen and by light from the adjoining kitchen. Mrs. S. agreed with counsel's suggestion that, from there, she "didn't really see anything untoward other than some movement". But for reasons that she explained at trial, Mrs. S. was troubled and, to get "a better angle to view", she "ran" to her bedroom and then summoned her husband.

17 From that vantage point, Mr. and Mrs. S. observed the appellant for 10 or 15 minutes. Taking care to escape his notice, they looked out through the uncovered part of their bedroom window, below their partially lowered blinds. And, to ensure that the appellant was in fact doing what he appeared to

pas un lieu « auquel le public a[vait] accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite ». D'après le texte et le contexte, il me paraît évident que le terme « accès », utilisé dans cette phrase, signifie « [p]ossibilité d'aller, de pénétrer dans (un lieu), d'entrer » : *Le Nouveau Petit Robert* (2003), p. 15. Cette disposition n'envisage pas, selon moi, la capacité d'une personne qui n'a pas accès, de droit ou sur invitation, à un lieu de voir ou d'entendre de l'extérieur — par une fenêtre dont les rideaux sont ouverts ou par une porte ouverte — ce qui se passe à l'intérieur.

J'estime donc, en toute déférence, que le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'appelant avait « converti » son salon en endroit public du seul fait qu'on pouvait l'apercevoir par la fenêtre de son salon et que, même s'il ne se doutait de rien, M. et M^me^ S. l'observaient à partir de leur chambre à coucher située à une distance de 90 à 150 pieds de là.

J'expliquerai davantage plus loin les raisons pour lesquelles je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour ce seul motif. Cependant, je vais commencer par examiner de plus près les faits et les décisions des instances inférieures.

II

La première à apercevoir l'appelant a été M^me^ S. qui regardait la télévision avec ses deux fillettes dans leur salle familiale éclairée uniquement par l'écran du téléviseur et la lumière provenant de la cuisine. M^me^ S. s'est dite d'accord avec l'avocat lorsqu'il a indiqué qu'à partir de cet endroit elle [TRADUCTION] « n'avait vraiment rien remarqué d'anormal, sauf un mouvement ». Mais, pour les motifs que M^me^ S. a expliqués au procès, tracassée, elle [TRADUCTION] « a couru » jusqu'à sa chambre à coucher pour « mieux voir » et a ensuite demandé à son mari de l'y rejoindre.

À partir de cet endroit, M. et M^me^ S. ont observé l'appelant pendant 10 à 15 minutes. Prenant garde d'être aperçus, ils ont regardé par la fenêtre de leur chambre, en dessous du store partiellement baissé. Pour confirmer ce que l'appelant leur paraissait être en train de faire, M. S. est allé chercher des

them to be doing, Mr. S. fetched a pair of binoculars and a telescope. He also tried, unsuccessfully, to videotape the appellant in action.

Mr. and Mrs. S. were understandably concerned. In the words of Mr. S., they feared that the appellant was "masturbating to our children". They therefore called the police.

The first officer arrived within five minutes. From the bedroom of Mr. and Mrs. S., the officer could see the appellant from "just below the navel up". The appellant had his hand in front of him "and there was a hand motion consistent with somebody masturbating". At the back of the house, looking up to the appellant's living room from street level, the officer could only see the appellant "from about maybe the neck or the shoulders up because of the angle".

It did not appear to the trial judge "that [the appellant] actually knew he was being watched". There was nothing to suggest, the trial judge said, "that [the appellant] was aware that [Mrs. S.] was watching from the darkened bedroom window". He found that the evidence in fact indicated the contrary. The appellant was, however, seen by Mrs. S. and "could easily have been seen by the children, but apparently was not".

On these facts, the trial judge concluded that the appellant had wilfully committed "an indecent act . . . in a public place in the presence of one or more persons", thereby committing the offence set out in s. 173(1)(*a*) of the *Criminal Code*.

The trial judge was not satisfied, however, that the appellant had committed this indecent act "with intent thereby to insult or offend any person", as required by s. 173(1)(*b*) of the *Code*. He therefore acquitted the appellant of the charge laid against him under that section.

The appellant's conviction under s. 173(1)(*a*) was affirmed by the Court of Appeal for British Columbia. He now appeals to this Court, with leave, from the decision of the Court of Appeal.

jumelles et un télescope. Il a également tenté, en vain, de filmer l'appelant à l'aide d'un caméscope.

18 M. et M^me^ S. étaient, bien entendu, inquiets. Pour reprendre les termes de M. S., ils craignaient que l'appelant se [TRADUCTION] « masturbe en regardant dans la direction de [leurs] enfants ». Ils ont donc appelé la police.

19 Le premier policier est arrivé en moins de cinq minutes. De la chambre à coucher de M. et M^me^ S., le policier était en mesure d'apercevoir l'appelant [TRADUCTION] « jusqu'en dessous du nombril ». L'appelant avait la main devant lui [TRADUCTION] « et paraissait se masturber ». De l'endroit où il se trouvait dans l'arrière-cour de l'appelant, au niveau de la rue, le policier ne pouvait voir ce dernier qu'[TRADUCTION] « à peu près à partir du cou ou des épaules en montant, vu l'angle de son regard ».

20 Selon le juge du procès, [TRADUCTION] « [l'appelant] paraissait ignorer qu'on l'observait ». Le juge a ajouté que rien ne permettait de croire que [TRADUCTION] « [l'appelant] savait que [M^me^ S.] l'observait par la fenêtre de sa chambre à coucher non éclairée ». Il a conclu qu'en fait la preuve indiquait le contraire. M^me^ S. a toutefois observé l'appelant et [TRADUCTION] « les enfants auraient pu aisément le voir, mais il semble que non ».

21 Compte tenu de ces faits, le juge a décidé que l'appelant avait commis volontairement « une action indécente [. . .] dans un endroit public en présence d'une ou de plusieurs personnes », perpétrant ainsi l'infraction créée à l'al. 173(1)*a*) du *Code criminel*.

22 Cependant, il n'était pas convaincu que l'appelant avait commis cette action indécente « avec l'intention d'ainsi insulter ou offenser quelqu'un », comme l'exige l'al. 173(1)*b*) du *Code*. Il a donc acquitté l'appelant relativement à l'accusation portée contre lui en vertu de cette disposition.

23 La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la déclaration de culpabilité de l'appelant fondée sur l'al. 173(1)*a*). Il se pourvoit maintenant, avec l'autorisation de notre Cour, contre l'arrêt de la Cour d'appel.

III

24 In affirming the appellant's conviction, the Court of Appeal relied primarily on *R. v. Keir* (1919), 34 C.C.C. 164 (N.S.S.C.), and *R. v. Buhay* (1986), 30 C.C.C. (3d) 30 (Man. C.A.).

25 The accused in *Keir* had exposed himself while standing in a private lane next to a public street, from which he was seen by passing girls. Harris C.J., in separate but concurring reasons, held that "[i]t was always the law that if this offence was committed in a place visible to any one passing along the streets it was punishable" (p. 166). For this proposition, Harris C.J. relied entirely on English case law, notably *R. v. Thallman* (1863), 9 Cox C.C. 388.

26 *Thallman*, however, merely underlines the differences between the English common law and the offence set out in s. 173(1)(*a*) of the *Criminal Code*. This distinction was well explained, albeit with some regret, by Middleton J., dealing with the predecessor to s. 173(1)(*a*) in *R. v. Clifford* (1916), 26 D.L.R. 754 (Ont. S.C.), at pp. 755-56:

> In numerous English cases the offence was committed on private property, but in such a place as to be easily visible to passers-by or the occupants of adjacent houses: e.g., *Thallman's Case* (1863), L. & C. 326.
>
> Unfortunately, in our statute this element of visibility to the public seems to have been lost sight of, and the act is punishable only when committed in any place to which the public have or are permitted to have access.

27 Harris C.J., relying in *Keir* on the English common law relating to indecent exposure, failed to appreciate this distinction.

28 Speaking for the other four judges in *Keir*, Mellish J. approached the matter differently, at p. 167:

III

En confirmant la déclaration de culpabilité de l'appelant, la Cour d'appel s'est principalement fondée sur la décision *R. c. Keir* (1919), 34 C.C.C. 164 (C.S.N.-É.), et l'arrêt *R. c. Buhay* (1986), 30 C.C.C. (3d) 30 (C.A. Man.).

Dans l'affaire *Keir*, l'accusé s'était exhibé debout dans une allée privée adjacente à la voie publique, où de jeunes passantes l'avaient aperçu. Dans des motifs distincts mais concordants, le juge en chef Harris a statué qu'[TRADUCTION] « [i]l est bien établi en droit qu'une telle infraction est toujours punissable si elle est commise à la vue de tous les passants dans une rue » (p. 166). Ce faisant, le juge en chef Harris s'est entièrement fondé sur la jurisprudence anglaise, plus particulièrement sur l'affaire *R. c. Thallman* (1863), 9 Cox C.C. 388.

Toutefois, l'affaire *Thallman* fait simplement ressortir les différences entre la common law anglaise et l'infraction créée à l'al. 173(1)*a*) du *Code criminel*. En examinant la disposition antérieure à l'al. 173(1)*a*), dans la décision *R. c. Clifford* (1916), 26 D.L.R. 754 (C.S. Ont.), p. 755-756, le juge Middleton a bien expliqué cette distinction, en en regrettant quelque peu l'existence :

> [TRADUCTION] Dans de nombreuses affaires survenues en Angleterre, l'infraction a été commise sur une propriété privée, mais dans un endroit bien à la vue des passants ou des occupants des maisons adjacentes : prenons l'exemple de l'affaire *Thallman* (1863), L. & C. 326.
>
> Malheureusement, cet élément d'exposition à la vue du public semble avoir été oublié dans notre loi, et l'action n'est punissable que si elle a été commise dans un lieu auquel le public a accès ou auquel il est autorisé à avoir accès.

Dans la décision *Keir*, le juge en chef Harris ne s'est pas rendu compte de cette distinction en appliquant la common law anglaise en matière d'exhibitionnisme.

S'exprimant au nom des quatre autres juges, dans la décision *Keir*, le juge Mellish a abordé la question différemment, à la p. 167 :

I think this was an indecent act done in the street, a place to which the public have access and that the accused was properly convicted. . . . The gist of the offence is the exposure and if the exposure is wilful and in sight of persons then in a public place, I think it is an exposure in such place and in the presence of such persons within the meaning of sec. 205 of the Code. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] J'estime qu'il s'agissait d'une action indécente commise dans la rue, un lieu auquel le public a accès, et que l'accusé a été déclaré coupable à juste titre. [. . .] L'exhibitionnisme est l'élément essentiel de l'infraction et je crois que la personne qui s'exhibe volontairement devant des personnes qui se trouvent alors dans un endroit public se rend coupable d'exhibitionnisme dans un endroit et en présence de personnes, au sens de l'art. 205 du Code. [Je souligne.]

For Mellish J., an indecent act is thus committed not only where the offender is performing it, but also in the place where the witnesses to it are physically situate. I am not at all persuaded that *Keir* was correctly decided. But even if it was, *Keir* affords no support for the conviction in this case, since the appellant's indecent act did not occur in a public place, even within the expanded meaning of *Keir*.

29 Selon le juge Mellish, l'action indécente est donc commise non seulement là où le contrevenant l'accomplit, mais également là où se trouvent les personnes qui en sont témoins. Je ne suis pas du tout convaincu que la décision *Keir* est correcte. Toutefois, même si elle l'était, elle n'étaye aucunement la déclaration de culpabilité en l'espèce, étant donné que l'action indécente de l'appelant n'a pas été commise dans un endroit public, même au sens élargi que lui donne cette décision.

In *Buhay* the accused was charged under the predecessor to s. 173(1)(*a*). Standing in the front doorway to his house, he had exposed himself to two boys on the street. The trial judge acquitted Mr. Buhay on the ground that he had been charged under the wrong provision: while a lewd comment uttered by the accused in that case afforded sufficient evidence of his intent to insult or offend, warranting a conviction under the predecessor to s. 173(1)(*b*), the indecent act did not occur in a public place and was therefore not caught by what is now s. 173(1)(*a*).

30 Dans l'arrêt *Buhay*, l'accusé a été inculpé en vertu de la disposition antérieure à l'al. 173(1)*a*). Debout dans l'embrasure de la porte d'entrée de sa résidence, il s'était exhibé devant deux garçons dans la rue. Le juge du procès a acquitté M. Buhay parce que l'accusation portée contre lui n'était pas fondée sur la disposition applicable : même si un commentaire obscène de l'accusé dans cette affaire était une preuve suffisante de son intention d'insulter ou d'offenser, laquelle preuve justifiait une déclaration de culpabilité fondée sur la disposition antérieure à l'al. 173(1)*b*), l'action indécente n'avait pas été commise dans un endroit public et n'était donc pas visée par ce qui est devenu l'al. 173(1)*a*).

The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, relying essentially on *Keir*. For the reasons explained, I find that *Keir* does not support a conviction in the present case. Neither does *Buhay*, since it rests on the same inapplicable considerations.

31 Se fondant essentiellement sur la décision *Keir*, la Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public. Pour les raisons déjà expliquées, je conclus que la décision *Keir* n'étaye pas une déclaration de culpabilité en l'espèce, pas plus que l'arrêt *Buhay*, étant donné qu'il repose sur les mêmes considérations inapplicables.

With respect, the authorities relied on here by the Court of Appeal in affirming the appellant's conviction are thus of no comfort to its conclusion.

32 En toute déférence, la jurisprudence que la Cour d'appel a invoquée en l'espèce pour confirmer la déclaration de culpabilité de l'appelant n'étaye donc aucunement la conclusion à laquelle elle est parvenue.

IV

33 The appellant does not contest the trial judge's finding that he committed an "indecent act" within the meaning of s. 173(1)(*a*) of the *Criminal Code*. He concedes, at least implicitly, that masturbating in an illuminated room near an uncovered window visible to neighbours can be "indecent" within the meaning of that section.

34 The appellant contends, however, that he did not wilfully commit this indecent act "in a public place in the presence of one or more persons", as required by s. 173(1)(*a*). He raises three grounds: first, that his living room was not a "public place" within the meaning of s. 173(1)(*a*); second, that the complainants were "surreptitiously watching him from beneath the blinds of a window in their own private bedroom some distance away" — and, therefore, not "in his presence", as likewise required by s. 173(1)(*a*); third, that he cannot be said to have wilfully committed an indecent act in the presence of anyone, since the trial judge found there was no evidence that he knew he was being observed.

35 The appellant argues, in addition, that the Court of Appeal erred in resting its conclusion of guilt on its own view of the evidence, which differed in important respects from the findings of the trial judge. I find it unnecessary to add here to what I have said earlier concerning this branch of the matter.

36 The appellant submits that his appeal succeeds if any one of his grounds is maintained. I agree and, as mentioned earlier, I would allow the appeal on the first ground — that the act imputed to him was not committed "in a public place", within the meaning of ss. 150 and 173(1)(*a*) of the *Criminal Code*. While there is thus no need to canvass the remaining grounds, I should not be understood to have concluded that they are without merit.

V

37 It is common ground that the appeal must succeed if the appellant did not commit an indecent act

IV

L'appelant ne conteste pas la conclusion du juge du procès voulant qu'il ait commis une « action indécente » au sens de l'al. 173(1)*a*) du *Code criminel*. Il reconnaît, à tout le moins implicitement, qu'il peut être « indécent », au sens de cette disposition, de se masturber dans une pièce éclairée, près d'une fenêtre aux rideaux ouverts et à la vue de ses voisins.

L'appelant prétend, toutefois, qu'il n'a pas commis volontairement cette action indécente « dans un endroit public en présence d'une ou de plusieurs personnes », comme l'exige l'al. 173(1)*a*). Il soulève trois moyens : premièrement, son salon n'est pas un « endroit public » au sens de l'al. 173(1)*a*); deuxièmement, les plaignants [TRADUCTION] « l'observaient subrepticement, de loin, par l'ouverture en dessous du store de leur fenêtre de chambre à coucher », et non « en sa présence », comme l'exige également l'al. 173(1)*a*); troisièmement, on ne peut pas lui reprocher d'avoir commis volontairement une action indécente en présence de quelqu'un, vu que le juge du procès a conclu que rien ne prouvait qu'il se savait observé.

L'appelant ajoute que la Cour d'appel a commis une erreur en fondant sa conclusion de culpabilité sur sa propre appréciation de la preuve, laquelle diffère à d'importants égards des conclusions du juge du procès. J'estime qu'il n'est pas nécessaire ici d'ajouter quoi que ce soit à ce qui a déjà été dit au sujet de cet aspect de l'affaire.

L'appelant prétend qu'il aura gain de cause si l'un ou l'autre des moyens qu'il soulève est retenu. Je suis d'accord avec lui et, comme nous l'avons vu, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour le premier motif qu'il invoque, à savoir que l'action qui lui est reprochée n'a pas été commise « dans un endroit public », au sens de l'art. 150 et de l'al. 173(1)*a*) du *Code criminel*. Bien qu'il ne soit donc pas nécessaire d'examiner les autres moyens, je ne veux pas que l'on croie que je les ai considérés non fondés.

V

Nul ne conteste que le pourvoi doit être accueilli si l'appelant n'a pas commis une action indécente

in a public place within the meaning of ss. 150 and 173(1)(*a*) of the *Criminal Code*.

These provisions read:

150. In this Part,

. . .

"public place" includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied;

150. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

« endroit public » Tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite.

173. (1) Every one who wilfully does an indecent act

(*a*) in a public place in the presence of one or more persons, or

(*b*) in any place, with intent thereby to insult or offend any person,

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

173. (1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque volontairement commet une action indécente:

a) soit dans un endroit public en présence d'une ou de plusieurs personnes;

b) soit dans un endroit quelconque avec l'intention d'ainsi insulter ou offenser quelqu'un.

It will be immediately noticed that the French version of s. 150 contains no equivalent of "includes" in the English text. The appellant submits that the French definition is thus exhaustive in its terms, narrower than the English and common to both versions. The French definition, in the appellant's view, must therefore prevail: *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, 2004 SCC 6, at paras. 26-37.

The respondent considers that there is "no discordance between the French and English text on the characteristics that make a place 'public'"

dans un endroit public au sens de l'art. 150 et de l'al. 173(1)*a*) du *Code criminel*.

Voici le texte de ces dispositions : 38

150. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

« endroit public » Tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite.

150. In this Part,

. . .

"public place" includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied;

173. (1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque volontairement commet une action indécente :

a) soit dans un endroit public en présence d'une ou de plusieurs personnes;

b) soit dans un endroit quelconque avec l'intention d'ainsi insulter ou offenser quelqu'un.

173. (1) Every one who wilfully does an indecent act

(*a*) in a public place in the presence of one or more persons, or

(*b*) in any place, with intent thereby to insult or offend any person,

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

D'emblée, on constate que la version française de l'art. 150 ne comporte aucun terme équivalent au verbe « *includes* » de la version anglaise. L'appelant soutient que la définition française est donc formulée de manière exhaustive, plus restrictive que la définition anglaise et commune aux deux versions. La définition française doit donc, selon lui, avoir préséance : *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6, par. 26-37. 39

L'intimée considère qu'il n'existe [TRADUCTION] « aucune antinomie entre les textes français et anglais quant aux caractéristiques qui rendent un endroit 40

(emphasis in original). In the respondent's words, the issue is whether "private property, when exposed to public view, is a 'place' to which the 'public have access as of right or by invitation, express or implied'".

41 There is thus no need to choose in this case between the English and French versions of s. 150. The parties agree that both versions require public access by right or invitation: their disagreement is limited to the meaning of "access" in this context.

42 On that issue, which is decisive in this case, the appellant submits that ss. 150 and 173(1)(*a*) contemplate physical access to the place in which the impugned act was committed; the respondent, that visual access is sufficient. In my view, the appellant's position is supported by the prevailing rules of statutory construction. The respondent's position is not.

43 It is now well established that "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21.

44 As a matter of semantics, the "ordinary" meaning of a disputed term will, of course, often vary with the context in which it is being used. Thus, for example, "access" has one "ordinary meaning" in relation to the rights of non-custodial parents, another as regards on-line computing, and yet another with respect to a place.

45 Section 150 of the *Criminal Code* uses the word "access" in reference to a "place" — in this case, a private home. And our concern is with access to that place "as of right or by invitation". In common usage, "access" to a place to which one is invited or where one has a right to be refers to entering, visiting or using that place — and not, as I said earlier,

"public" » (souligné dans l'original). Pour reprendre les termes de l'intimée, la question est de savoir si [TRADUCTION] « une propriété privée, exposée à la vue du public, constitue un "lieu" auquel le "public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite" ».

Dans le cas qui nous occupe, il n'est donc pas nécessaire de choisir entre la version française et la version anglaise de l'art. 150. Les parties s'accordent pour dire que les deux versions exigent l'accès du public, de droit ou sur invitation; leur désaccord est limité au sens du mot « accès » dans ce contexte.

Au sujet de cette question déterminante en l'espèce, l'appelant fait valoir que l'art. 150 et l'al. 173(1)*a*) visent l'accès physique au lieu où l'action reprochée a été accomplie; pour l'intimée, l'accès visuel suffit. À mon avis, la thèse de l'appelant est étayée par les règles ordinaires d'interprétation législative. Celle de l'intimée ne l'est pas.

Il est maintenant bien établi qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26, où la Cour cite E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.

Du point de vue sémantique, il va sans dire que le sens « ordinaire » d'un terme litigieux dépend souvent du contexte dans lequel ce terme est utilisé. Par exemple, le mot « accès » a un « sens ordinaire » dans le cas des droits des parents non gardiens, un autre dans le domaine de la téléinformatique et encore un autre lorsqu'il est question d'un lieu.

L'article 150 du *Code criminel* emploie le mot « accès » relativement à un « lieu » — en l'espèce, une résidence privée. Et c'est l'accès « de droit ou sur invitation » à ce lieu qui nous intéresse. Dans la langue courante, l'« accès », de droit ou sur invitation, qu'une personne a à un lieu signifie qu'elle peut y pénétrer, le visiter ou l'utiliser — et non, comme

to looking or listening in from the outside. When we are told that someone has access, as of right or by invitation, to an apartment, a workshop, an office, or a garage, this does not signify to us a mere opportunity or ability to look through a window or doorway and to see what is happening inside.

This "grammatical and ordinary sense" of "access" in relation to a place must, of course, be read harmoniously with the legislative context that concerns us here and the intention of Parliament as it appears from the *Criminal Code*: *Bell ExpressVu* and *Rizzo & Rizzo Shoes*.

I begin with the immediate legislative context.

First, interpreting "public place" in a manner consistent with physical as opposed to visual access, renders the whole of s. 173(1) more coherent. The offences under ss. 173(1)(*a*) and 173(1)(*b*) are circumscribed in distinct ways. Section 173(1)(*a*) prohibits indecent acts in public places, while s. 173(1)(*b*) prohibits indecent acts in any place — public or private — when they are committed with intent to insult or offend.

Moreover, as I mentioned earlier, Parliament has distinguished in the *Code* between conduct that is criminal because it occurs in a public place and conduct that is criminal because it is exposed to public view. Section 173(1)(*a*), as we have seen, grounds liability in the fact that the prohibited act is committed in a public place. The offence of nudity is set out in the very next section of the *Code*:

> **174.** (1) Every one who, without lawful excuse,
>
> (*a*) is nude in a public place, or
>
> (*b*) is nude and exposed to public view while on private property, whether or not the property is his own,
>
> is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Section 174(1) makes it perfectly clear that the definition of "public place" in s. 150 of the *Criminal Code* was not meant to cover private places exposed

je l'ai mentionné précédemment, qu'elle peut, de l'extérieur, voir ou entendre ce qui se passe à l'intérieur de ce lieu. Lorsqu'on nous dit qu'une personne a accès, de droit ou sur invitation, à un appartement, à un atelier, à un bureau ou à un garage, nous ne comprenons pas qu'elle a simplement la possibilité ou la capacité de voir, par la fenêtre ou par la porte, ce qui se passe à l'intérieur de ces lieux.

46 Il va de soi que ce « sens ordinaire et grammatical » du mot « accès » utilisé relativement à un lieu doit s'harmoniser avec le contexte législatif qui nous intéresse en l'espèce et avec l'intention du législateur qui se dégage du *Code criminel* : *Bell ExpressVu* et *Rizzo & Rizzo Shoes*.

47 Je commence par le contexte législatif immédiat.

48 Premièrement, l'ensemble du par. 173(1) devient plus cohérent si on rattache l'expression « endroit public » à l'accès physique plutôt que visuel. Les infractions créées aux al. 173(1)*a*) et 173(1)*b*) sont définies différemment. L'alinéa 173(1)*a*) interdit les actions indécentes dans un endroit public, alors que l'al. 173(1)*b*) les interdit dans un endroit quelconque — public or privé — lorsqu'elles ont pour but d'insulter ou d'offenser.

49 De plus, comme je l'ai déjà mentionné, le législateur établit dans le *Code* une distinction entre la conduite qui est criminelle parce qu'elle est adoptée dans un endroit public et celle qui est criminelle parce qu'elle est adoptée à la vue du public. Comme nous l'avons vu, c'est le fait de commettre l'action prohibée dans un endroit public qui engage la responsabilité à l'al. 173(1)*a*). L'infraction de nudité est créée par la disposition suivante du *Code* :

> **174.** (1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, sans excuse légitime, selon le cas :
>
> *a*) est nu dans un endroit public;
>
> *b*) est nu et exposé à la vue du public sur une propriété privée, que la propriété soit la sienne ou non.

50 Le paragraphe 174(1) montre clairement que l'expression « endroit public » définie à l'art. 150 du *Code criminel* n'est pas censée viser les endroits

to public view. Were it otherwise, s. 174(1)(*b*) would be entirely superfluous.

51 Section 150 applies equally to s. 174(1) and s. 173(1)(*a*). If "public place" does not, for the purposes of s. 174(1), include private places exposed to public view, this must surely be the case as well for s. 173(1)(*a*). And I hasten to emphasize that ss. 173(1) and 174 of the *Criminal Code* were enacted in their present form simultaneously, as ss. 158 and 159, when the present *Code* was revised and enacted as S.C. 1953-54, c. 51. Parliament could not have intended that identical words should have different meanings in two consecutive and related provisions of the very same enactment.

52 Section 213(1) of the *Code* provides further support, if any were needed, for the proposition that the grammatical and ordinary meaning I have ascribed to "access" is consistent with its legislative context and with Parliament's intention in enacting s. 150. Section 213(1) makes it an offence for anyone "in a public place or in any place open to public view" to commit certain specified acts for the purposes of prostitution.

53 The underlined, alternative route to liability in s. 213 was added by R.S.C. 1985, c. 51 (1st Supp.), s. 1. Parliament shortly thereafter directed its attention to s. 173, adding subs. (2): see R.S.C. 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 7. The respondent notes, correctly, that s. 213, unlike s. 173, is not in Part V of the *Criminal Code* and suggests that it was amended in response to comments by this Court in *Hutt v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 476. This may well be so, but Parliament is deemed to act deliberately. It is therefore not unreasonable to suppose that Parliament, when it expanded s. 213 to include places open to public view, did not add similar language to s. 173(1)(*a*) because it did not intend acts committed in such places to be caught under the latter section.

54 I think it inappropriate for this Court to do now what Parliament declined to do then and remains free in its wisdom to do still.

privés exposés à la vue du public. S'il en était autrement, l'al. 174(1)*b*) serait complètement superflu.

L'article 150 s'applique aussi bien au par. 174(1) qu'à l'al. 173(1)*a*). Si, pour les besoins du par. 174(1), l'expression « endroit public » n'englobe pas les endroits privés exposés à la vue du public, il doit sûrement en être de même en ce qui concerne l'al. 173(1)*a*). Je m'empresse de souligner que le par. 173(1) et l'art. 174 du *Code criminel* ont été adoptés en même temps sous leur forme actuelle, en tant qu'art. 158 et 159, lorsque le *Code* a été modifié et adopté comme S.C. 1953-54, ch. 51. Le législateur ne peut pas avoir voulu que des mots identiques aient des sens différents dans deux dispositions consécutives et connexes du même texte législatif.

Le paragraphe 213(1) du *Code* renforce — à supposer que ce soit nécessaire — la proposition selon laquelle le sens ordinaire et grammatical que j'ai attribué au mot « accès » s'harmonise avec son contexte législatif et avec l'intention qu'avait le législateur en adoptant l'art. 150. Aux termes du par. 213(1), est coupable d'une infraction quiconque commet, « dans un endroit soit public soit situé à la vue du public », certaines actions précises dans le but de se livrer à la prostitution.

L'autre fondement souligné de la responsabilité a été ajouté à l'art. 213 par L.R.C. 1985, ch. 51 (1er suppl.), art. 1. Peu après, le législateur a ajouté le par. (2) à l'art. 173 : voir L.R.C. 1985, ch. 19 (3e suppl.), art. 7. L'intimée fait remarquer, à juste titre, que, contrairement à l'art. 173, l'art. 213 ne figure pas dans la partie V du *Code criminel*, et elle indique qu'il a été modifié à la suite des observations de notre Cour dans l'arrêt *Hutt c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 476. Quoiqu'il puisse bien en être ainsi, le législateur est réputé agir de propos délibéré. Il n'est donc pas déraisonnable de supposer que, en élargissant l'art. 213 de manière à inclure les endroits exposés à la vue du public, le législateur n'a pas ajouté des termes semblables à l'al. 173(1)*a*) parce qu'il ne voulait pas que cet alinéa s'applique aux actions commises à ces endroits.

J'estime qu'il n'appartient pas à notre Cour de faire ici ce que le législateur, dans sa sagesse, s'est librement abstenu de faire jusqu'à maintenant.

VI

For all of these reasons, as indicated at the outset, I would allow the appeal, vacate the appellant's conviction and enter an acquittal.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Gil D. McKinnon, Vancouver.

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

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

VI

Pour tous ces motifs, comme je l'ai indiqué au départ, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appelant et d'inscrire un acquittement. 55

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Gil D. McKinnon, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intervenant : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Eifion Wyn Roberts *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* ROBERTS

Neutral citation: 2005 SCC 3.

File No.: 30282.

2004: December 15; 2005: January 27.

Present: Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Defences — Provocation — Accused convicted of second degree murder — No air of reality supporting objective components of test for defence of provocation — Court of Appeal correct in upholding trial judge's decision not to leave defence of provocation with jury.

Held (Fish J. dissenting): The appeal should be dismissed.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Conrad and Fruman JJ.A.) (2004), 185 C.C.C. (3d) 382, 346 A.R. 325, 320 W.A.C. 325, [2004] A.J. No. 356 (QL), 2004 ABCA 114, upholding the accused's conviction for second degree murder. Appeal dismissed, Fish J. dissenting.

Charles B. Davison, for the appellant.

Eric Tolppanen, for the respondent.

The judgment of Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella and Charron JJ. was delivered by

1 MAJOR J. — We agree that the majority of the Alberta Court of Appeal was correct in finding no air of reality supporting the objective components of the test for the defence of provocation.

Eifion Wyn Roberts *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* ROBERTS

Référence neutre : 2005 CSC 3.

N° du greffe : 30282.

2004 : 15 décembre; 2005 : 27 janvier.

Présents : Les juges Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

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

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré — Absence de vraisemblance quant aux éléments objectifs du critère d'application du moyen de défense fondé sur la provocation — Cour d'appel ayant eu raison de confirmer la décision du juge du procès de ne pas soumettre à l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la provocation.

Arrêt (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, Conrad et Fruman) (2004), 185 C.C.C. (3d) 382, 346 A.R. 325, 320 W.A.C. 325, [2004] A.J. No. 356 (QL), 2004 ABCA 114, confirmant la déclaration de culpabilité de l'accusé de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté, le juge Fish est dissident.

Charles B. Davison, pour l'appelant.

Eric Tolppanen, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella et Charron rendu par

LE JUGE MAJOR — Nous sommes d'avis que les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont eu raison de conclure à l'absence de vraisemblance quant aux éléments objectifs du critère d'application du moyen de défense fondé sur la provocation.

The appeal is dismissed.

The following are the reasons delivered by

FISH J. (dissenting) — However weak the evidence of provocation may have appeared to the majority in the Court of Appeal, or appears to us in this Court, I agree with Conrad J.A., dissenting, that a reasonable jury, properly instructed, could have been left with a reasonable doubt on that issue. The defence of provocation should therefore have been left to the jury.

With respect for those who see the matter differently, I would allow the appeal on this ground alone and order a new trial.

Appeal dismissed, FISH J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Abbey Hunter Davison Spencer, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Alberta Justice, Calgary.

Le pourvoi est rejeté. 2

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH (dissident) — Aussi faible que la preuve de provocation puisse avoir paru aux juges majoritaires de la Cour d'appel ou qu'elle puisse paraître à notre Cour, je souscris à l'opinion dissidente de la juge Conrad de la Cour d'appel, selon laquelle un jury raisonnable et ayant reçu des directives appropriées aurait pu entretenir un doute raisonnable à cet égard. Le moyen de défense fondé sur la provocation aurait, par conséquent, dû être soumis à l'appréciation du jury. 3

En toute déférence pour ceux ou celles qui perçoivent cette question différemment, j'accueillerais le pourvoi pour ce seul motif et j'ordonnerais un nouveau procès. 4

Pourvoi rejeté, le juge FISH *est dissident.*

Procureurs de l'appelant : Abbey Hunter Davison Spencer, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Alberta Justice, Calgary.

Daniel Ménard *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent/ Appellant on cross-appeal*

INDEXED AS: R. *v.* MÉNARD

Neutral citation: 2005 SCC 4.

File No.: 30089.

2004: December 17; 2005: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Appeal — Conviction — Jury returning verdict of first degree murder at trial — Charge to jury fatally flawed — Court of Appeal correct in setting aside conviction for first degree murder but wrong in substituting conviction for second degree murder where another verdict might be reasonable — New trial ordered on original indictment — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(3).

Criminal law — Murder — Charge to jury — Errors in trial judge's instructions concerning causation requirement — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231(5).

Cases Cited

Referred to: *R. v. Harbottle*, [1993] 3 S.C.R. 306.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 231(5), 686(3).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Proulx, Otis and Rochon JJ.A.), [2003] Q.J. No. 14846 (QL), setting aside a conviction for first degree murder and substituting a conviction for second degree murder. Appeal and cross-appeal allowed in part.

Daniel Ménard *Appelant/Intimé au pourvoi incident*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée/Appelante au pourvoi incident*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* MÉNARD

Référence neutre : 2005 CSC 4.

N° du greffe : 30089.

2004 : 17 décembre; 2005 : 27 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Appel — Déclaration de culpabilité — Jury ayant rendu un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré au procès — Défaut fatal dans les directives au jury — La Cour d'appel a eu raison d'annuler la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré, mais a commis une erreur en y substituant un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré, alors qu'un autre verdict pourrait être raisonnable — Nouveau procès ordonné relativement à l'acte d'accusation initial — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(3).

Droit criminel — Meurtre — Exposé au jury — Erreurs dans les directives du juge du procès concernant le lien de causalité — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 231(5).

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *R. c. Harbottle*, [1993] 3 R.C.S. 306.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 231(5), 686(3).

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Proulx, Otis et Rochon), [2003] J.Q. n° 14846 (QL), annulant une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré et lui substituant une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi et pourvoi incident accueillis en partie.

Daniel Royer and *Martin Latour*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Raynald Savage, *Denis Pilon* and *Jean-Pierre Proulx*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. — The appellant was convicted at trial of first degree murder. We agree with the Court of Appeal that this verdict cannot stand since the charge to the jury was fatally flawed.

The reasons given by the Court of Appeal in its brief judgment delivered orally would alone require that the appellant's conviction by the jury be set aside: [2003] Q.J. No. 14846 (QL). This should not be taken as a rejection by the Court of Appeal of the other grounds raised by the appellant in that Court, and again here.

In particular, we agree with the appellant that the trial judge erred in his instructions concerning the causation requirement set out in s. 231(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Speaking for the Court in *R. v. Harbottle*, [1993] 3 S.C.R. 306, Cory J. stated (at pp. 323-24):

> The consequences of a conviction for first degree murder and the wording of the section are such that the test of causation for s. 214(5) [now s. 231(5)] must be a strict one. In my view, an accused may only be convicted under the subsection if the Crown establishes that the accused has committed an act or series of acts which are of such a nature that they must be regarded as a substantial and integral cause of the death.

This requirement was not made clear to the jury. Having concluded that the appellant's conviction for first degree murder could not stand for the reasons mentioned in its judgment, the Court of Appeal evidently found it unnecessary to add that the verdict could not stand for this reason as well.

Daniel Royer et *Martin Latour*, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident.

Raynald Savage, *Denis Pilon* et *Jean-Pierre Proulx*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH — Au procès, l'appelant a été reconnu coupable de meurtre au premier degré. Tout comme la Cour d'appel, nous sommes d'avis que ce verdict ne peut être maintenu puisque les directives au jury souffraient d'un défaut fatal. 1

Les motifs que donne la Cour d'appel dans son bref jugement rendu oralement suffiraient pour exiger que la déclaration de culpabilité de l'appelant prononcée par le jury soit annulée : [2003] J.Q. n° 14846 (QL). Il ne faut pas en conclure que la Cour d'appel a rejeté les autres moyens que l'appelant lui a présentés et qu'il a repris dans notre Cour. 2

En particulier, nous sommes d'accord avec l'appelant pour dire que le juge du procès a donné des directives erronées concernant l'exigence du lien de causalité prévue au par. 231(5) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. S'exprimant au nom de la Cour dans *R. c. Harbottle*, [1993] 3 R.C.S. 306, le juge Cory a affirmé (p. 323-324) : 3

> Les conséquences d'une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré et le texte de la disposition sont tels que le critère de causalité applicable aux fins du par. 214(5) [maintenant le par. 231(5)] doit être strict. À mon avis, un accusé ne peut être déclaré coupable, en vertu de ce paragraphe, que si le ministère public prouve qu'il a accompli un acte ou une série d'actes d'une telle nature qu'ils doivent être considérés comme une cause substantielle et essentielle du décès.

Cette exigence n'a pas été clairement expliquée au jury. La Cour d'appel ayant conclu que la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré prononcée contre l'appelant ne pouvait être maintenue pour les raisons mentionnées dans son jugement, elle a évidemment jugé qu'il n'était pas nécessaire d'ajouter que le verdict ne pouvait être maintenu pour cette raison aussi. 4

5 The Court of Appeal set aside the appellant's conviction for first degree murder and, by virtue of s. 686(3) of the *Code*, substituted a conviction for second degree murder.

6 A properly instructed jury, acting reasonably, could certainly have returned a verdict of second degree murder in this case. We are unable to say, however, that no other verdict would be reasonable on the facts as we have them. Taking into account all of the circumstances, we therefore think it preferable to order a fresh trial on the original indictment, leaving it open to the Crown to exercise its discretion in this regard.

7 Accordingly, the appeal and cross-appeal are both allowed in part and a new trial is ordered on a charge of first degree murder.

Appeal and cross-appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Labelle, Boudrault, Côté & Associés, Montréal.

Solicitor for the respondent/appellant on cross-appeal: Attorney General's Prosecutor, Salaberry-de-Valleyfield, Quebec.

La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré prononcée contre l'appelant et, en vertu du par. 686(3) du *Code*, y a substitué une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré.

Un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pourrait certainement avoir rendu en l'espèce un verdict de meurtre au deuxième degré. Nous ne sommes toutefois pas en mesure d'affirmer qu'aucun autre verdict ne serait raisonnable au regard des faits qui nous ont été présentés. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, nous estimons donc préférable d'ordonner un nouveau procès relativement à l'acte d'accusation initial, en laissant au ministère public la possibilité d'exercer son pouvoir discrétionnaire à cet égard.

En conséquence, le pourvoi et le pourvoi incident sont accueillis en partie et un nouveau procès est ordonné relativement à l'accusation de meurtre au premier degré.

Pourvoi et pourvoi incident accueillis en partie.

Procureurs de l'appelant/intimé au pourvoi incident : Labelle, Boudrault, Côté & Associés, Montréal.

Procureur de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Substitut du procureur général, Salaberry-de-Valleyfield, Québec.

Cory Howard Grandinetti *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* GRANDINETTI

Neutral citation: 2005 SCC 5.

File No.: 30096.

2004: October 15; 2005: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Confessions — Admissibility — Person in authority — Accused admitting crime to undercover police officers — Whether undercover police officers "persons in authority" — Whether inculpatory statements properly admitted at trial without voir dire to determine their voluntariness.

Criminal law — Evidence — Possible involvement of third party in commission of offence — Accused charged with first degree murder — Trial judge excluding evidence suggesting that victim might have been killed by third party — Whether evidence should have been admitted — Whether sufficient connection between third party and crime.

Significant circumstantial evidence linked the accused to the murder of his aunt. To obtain additional evidence against him, the police began an undercover operation. Several officers, posing as members of a criminal organization, worked at winning the accused's confidence. To encourage him to talk about the murder, they suggested that they could use their corrupt police contacts to steer the murder investigation away from him. The accused eventually confessed his involvement in the murder. At no time was he aware of the true identities of the undercover officers. After a jury trial, the accused was convicted of first degree murder. The trial judge ruled that the accused's inculpatory statements to the undercover officers were admissible, holding that the undercover officers could not be persons in authority and that no *voir dire* on voluntariness was necessary. She also ruled that evidence of the possibility that a third person might have

Cory Howard Grandinetti *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* GRANDINETTI

Référence neutre : 2005 CSC 5.

N° du greffe : 30096.

2004 : 15 octobre; 2005 : 27 janvier.

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

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

Droit criminel — Preuve — Aveux — Recevabilité — Personne en situation d'autorité — Aveu d'un crime à des agents doubles de la police — Un agent double de la police est-il une « personne en situation d'autorité »? — La juge du procès a-t-elle eu raison d'admettre en preuve les déclarations inculpatoires sans tenir un voir-dire sur leur caractère volontaire?

Droit criminel — Preuve — Possibilité qu'une autre personne ait commis l'infraction — Accusation de meurtre au premier degré — Décision de la juge de première instance d'exclure la preuve qu'une autre personne que l'accusé avait pu assassiner la victime — La preuve aurait-elle dû être admise? — Existait-il un lien suffisant entre l'autre personne et le crime?

D'importants éléments de preuve circonstancielle reliaient l'accusé au meurtre de sa tante. Afin de recueillir d'autres éléments de preuve contre lui, la police a lancé une opération secrète. Plusieurs policiers prétendant appartenir à une organisation criminelle se sont efforcés de gagner sa confiance. Afin de l'amener à parler du meurtre, ils lui ont laissé entendre que, grâce à leurs relations avec des policiers corrompus, ils pourraient faire lever les soupçons pesant contre lui. L'accusé est finalement passé aux aveux. Il a toujours ignoré l'identité véritable des agents doubles. À l'issue d'un procès devant jury, l'accusé a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. La juge du procès a conclu à l'admissibilité des déclarations inculpatoires de l'accusé, estimant qu'un agent double ne pouvait être une personne en situation d'autorité et qu'il n'était pas nécessaire de tenir un voir-dire sur le caractère volontaire des déclarations. Elle a

committed the murder should be excluded, finding that there was insufficient evidence of a link between the third party and the murder. A majority of the Court of Appeal upheld the rulings and the accused's conviction.

Held: The appeal should be dismissed.

To ensure fairness and to guard against improper coercion by the state, statements made out of court by an accused to a person in authority are admissible only if the statements were voluntary. The question of voluntariness is not relevant unless there is a threshold determination that the confession was made to a "person in authority". A "person in authority" is generally someone engaged in the arrest, detention, interrogation or prosecution of an accused. Absent unusual circumstances, an undercover officer is not usually viewed, from an accused's perspective, as a person in authority. In this case, the accused failed to discharge the evidentiary burden of showing that there was a valid issue for consideration, namely, whether, when he made the confession, he believed that the person to whom he made it was a person in authority. The accused believed that the undercover officers were criminals, not police officers, albeit criminals with corrupt police contacts who could potentially influence the investigation against him. Where, as here, an accused confesses to an undercover officer he thinks can influence his murder investigation by enlisting corrupt police officers, the state's coercive power is not engaged. The statements, therefore, were not made to a person in authority and a *voir dire* on voluntariness was unnecessary. [34-45]

Evidence of the possible involvement of a third party in the commission of an offence is admissible if it is relevant and probative. The evidence is relevant and probative if there is a sufficient connection between the third party and the crime. Here, the trial judge made no error in excluding from the jury the theory that P might have killed the accused's aunt. With respect to motive, P's threats against the victim relating to drug dealings were not sufficiently connected to the murder. The threat incident took place over a year before the murder and there was no evidence that P contacted the victim after this incident. In addition, the victim had stopped selling drugs eight months before she was murdered. The other two possible motives relied on by the defence were based on speculation, not evidence. On the issue of opportunity, while P was released from remand three days before the victim was killed, this opportunity evidence, standing alone, is an insufficient link between P and the murder. Similarly, absent some connection to the murder, the

également exclu la preuve relative à la possibilité qu'une autre personne ait commis le meurtre, la preuve d'un lien entre l'autre personne et le meurtre étant insuffisante. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé les décisions et la déclaration de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Pour garantir l'équité et faire obstacle au pouvoir indûment coercitif de l'État, les déclarations extrajudiciaires d'un accusé à une personne en situation d'autorité ne sont admissibles que si elles sont volontaires. La question de savoir si un aveu était volontaire ne se pose que s'il est statué au préalable qu'il a été fait à une « personne en situation d'autorité ». Une « personne en situation d'autorité » s'entend généralement de celle qui participe à l'arrestation, à la détention, à l'interrogatoire ou à la poursuite de l'accusé. Sauf circonstances exceptionnelles, l'accusé ne perçoit pas l'agent double comme une personne en situation d'autorité. En l'espèce, l'accusé ne s'est pas acquitté de sa charge de présentation concernant l'existence d'une véritable question en litige justifiant un examen quant à savoir si, au moment d'avouer, il croyait avoir affaire à une personne en situation d'autorité. L'accusé croyait que les agents doubles étaient des criminels, pas des policiers, même s'il pensait que ces criminels avaient des liens avec des policiers corrompus susceptibles d'influencer l'enquête dont il était l'objet. Lorsque, comme en l'espèce, l'accusé avoue son crime à un agent double qu'il croit en mesure d'influencer, grâce au concours de policiers corrompus, l'enquête dont il fait l'objet, le pouvoir coercitif de l'État n'est pas en cause. Les déclarations n'avaient donc pas été faites à une personne en situation d'autorité, si bien que la tenue d'un voir-dire sur leur caractère volontaire était inutile. [34-45]

La preuve qu'une autre personne a pu perpétrer l'infraction est admissible si elle est pertinente et convaincante. Sa pertinence et sa valeur probante dépendent de l'existence d'un lien suffisant entre l'autre personne et le crime. En l'espèce, la juge de première instance n'a commis aucune erreur en soustrayant à l'examen du jury la thèse selon laquelle P avait pu avoir tué la tante de l'accusé. En ce qui concerne le mobile, il n'y avait pas de lien suffisant entre le meurtre et les menaces proférées contre la victime relativement au trafic de drogue. L'incident était survenu plus d'un an avant le meurtre et rien n'indiquait qu'il y avait eu contact entre P et la victime par la suite. En outre, la victime avait cessé de vendre de la drogue huit mois avant qu'elle ne soit assassinée. Les deux autres mobiles possibles selon la défense ne s'appuyaient pas sur la preuve, mais étaient purement hypothétiques. Au sujet de l'occasion que P avait pu avoir de commettre le crime, sa seule mise en liberté trois jours avant le meurtre n'établissait pas un lien suffisant entre

evidence of P's bad character and propensity for violence is inadmissible. [46-61]

Cases Cited

Applied: *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; **referred to:** *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514; *R. v. Berger* (1975), 27 C.C.C. (2d) 357; *R. v. McMillan* (1975), 7 O.R. (2d) 750, aff'd [1977] 2 S.C.R. 824; *R. v. Fontaine*, [2004] 1 S.C.R. 702, 2004 SCC 27; *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Conrad and McFadyen JJ.A.) (2003), 339 A.R. 52, 312 W.A.C. 52, 178 C.C.C. (3d) 449, [2003] A.J. No. 1330 (QL), 2003 ABCA 307, upholding the accused's conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

Patrick C. Fagan and *Gregory R. Dunn*, for the appellant.

Goran Tomljanovic, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ABELLA J. — The appellant, Cory Grandinetti, was convicted of first degree murder following a jury trial. There are two issues arising out of the trial that form the basis of this appeal. The first is whether inculpatory statements made by the accused were properly admitted without holding a *voir dire* to determine their voluntariness. The statements were made by the accused to undercover police officers pretending to be members of a criminal organization. The second is whether evidence that a third party might have committed the murder should have been admitted. In my view, the trial judge did not err in connection with either issue, and the appeal should be dismissed.

I. Background

Connie Grandinetti was Mr. Grandinetti's aunt. She was found dead in a ditch outside Fort

l'assassinat et lui. De même, à défaut d'un lien avec le meurtre, la preuve de la mauvaise moralité de P et de sa propension à la violence est inadmissible. [46-61]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; **arrêts mentionnés :** *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514; *R. c. Berger* (1975), 27 C.C.C. (2d) 357; *R. c. McMillan* (1975), 7 O.R. (2d) 750, conf. par [1977] 2 R.C.S. 824; *R. c. Fontaine*, [2004] 1 R.C.S. 702, 2004 CSC 27; *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, Conrad et McFadyen) (2003), 339 A.R. 52, 312 W.A.C. 52, 178 C.C.C. (3d) 449, [2003] A.J. No. 1330 (QL), 2003 ABCA 307, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé de meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

Patrick C. Fagan et *Gregory R. Dunn*, pour l'appelant.

Goran Tomljanovic, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE ABELLA — L'appelant, Cory Grandinetti, a été déclaré coupable de meurtre au premier degré au terme d'un procès devant jury. Deux questions soulevées lors de ce procès font l'objet du présent pourvoi. Premièrement, les déclarations inculpatoires de l'accusé étaient-elles admissibles à défaut d'un voir-dire sur leur caractère volontaire? Les déclarations ont été faites à des agents doubles qui prétendaient appartenir à une organisation criminelle. Deuxièmement, la preuve voulant qu'une autre personne ait pu commettre le meurtre aurait-elle dû être admise? Je suis d'avis que la juge du procès n'a pas commis d'erreur relativement à l'une ou l'autre des questions et que le pourvoi doit être rejeté. 1

I. Les faits

Connie Grandinetti était la tante de M. Grandinetti. Son corps a été retrouvé dans un fossé près de Fort 2

Saskatchewan on April 10, 1997. She had been shot twice in the back of her head at close range.

3 Significant circumstantial evidence linked Cory Grandinetti to the murder. In July 1996, Connie Grandinetti hired a lawyer to enforce payment of child support from her ex-husband Jeff Grandinetti, Cory Grandinetti's uncle. On January 15, 1997, her lawyer applied to the court for arrears of $12,000 and ongoing child support of $1,000 per month. Jeff and Connie Grandinetti were unable to reach a settlement and the child support action was adjourned until April 18, 1997, eight days after the murder.

4 At the end of February 1997, Jeff Grandinetti asked a friend to lend him $10,000. He travelled from Edmonton to Calgary to pick up the cash.

5 Cory Grandinetti told his ex-girlfriend in March 1997 that his uncle Jeff Grandinetti wanted Connie Grandinetti killed. He also told her that his uncle had obtained the money, and that he, Cory, planned to kill his aunt with an overdose of heroin.

6 On April 4, 1997, Cory Grandinetti travelled to Calgary. He was carrying two vials of heroin and a gun. On the evening of April 9, 1997, he borrowed his grandfather's truck and said he was going to visit his Aunt Diane. Instead, he picked up Connie Grandinetti at approximately 8:00 p.m. in front of her apartment building. He is the last known person to see her alive.

7 In July 1997, with few leads to investigate but suspicious that Cory Grandinetti was involved, the RCMP began an undercover operation, Project Kilometer, in an attempt to obtain additional evidence against him. Several police officers posed as members of a criminal organization and worked at winning Cory Grandinetti's confidence. Mr. Grandinetti thought the criminal enterprise he was dealing with was a large international organization involved in drug trafficking and money laundering. He was led to believe that this organization was

Saskatchewan le 10 avril 1997. Elle avait été atteinte de deux coups de feu tirés à bout portant à l'arrière de la tête.

D'importants éléments de preuve circonstancielle relient Cory Grandinetti au meurtre. En juillet 1996, Connie Grandinetti a retenu les services d'un avocat pour obtenir de son ex-mari, Jeff Grandinetti, l'oncle de Cory Grandinetti, le paiement d'une pension alimentaire pour enfants. Le 15 janvier 1997, son avocat a demandé au tribunal d'ordonner le paiement d'arriérés de 12 000 $ et le versement d'une pension alimentaire pour enfants de 1 000 $ par mois. Jeff et Connie Grandinetti ne pouvant arriver à un règlement, l'audition de la demande de pension alimentaire pour enfants a été ajournée au 18 avril 1997, soit huit jours après le meurtre.

À la fin de février 1997, Jeff Grandinetti a demandé à un ami de lui prêter 10 000 $. Il a quitté Edmonton pour aller chercher l'argent à Calgary.

En mars 1997, Cory Grandinetti a dit à son ex-petite amie que son oncle, Jeff Grandinetti, voulait faire assassiner Connie Grandinetti et s'était procuré la somme nécessaire. Il a ajouté qu'il comptait s'en charger et tuer sa tante en lui administrant une surdose d'héroïne.

Le 4 avril 1997, Cory Grandinetti s'est rendu à Calgary muni de deux ampoules d'héroïne et d'une arme à feu. Le soir du 9 avril 1997, il a emprunté le camion de son grand-père en lui disant qu'il allait rendre visite à sa tante Diane. Il est plutôt passé prendre Connie Grandinetti vers 20 heures devant chez elle. Il est la dernière personne à avoir vu la victime vivante.

En juillet 1997, la GRC disposait de peu de pistes, mais elle soupçonnait Cory Grandinetti. Elle a lancé une opération secrète baptisée *Project Kilometer* pour recueillir d'autres éléments de preuve contre lui. Plusieurs policiers ont prétendu faire partie d'une organisation criminelle et se sont efforcés de gagner sa confiance. M. Grandinetti croyait avoir affaire à une grande organisation internationale se livrant au trafic des stupéfiants et au recyclage d'argent. On lui a laissé croire que l'organisation projetait de s'établir à Calgary, qu'il avait été pressenti comme agent

moving to Calgary, that he had been chosen as its Calgary contact, and that he could potentially make hundreds of thousands of dollars by participating in the organization's criminal activities.

As part of Project Kilometer, the police engaged Mr. Grandinetti in criminal activities, including money laundering, theft, receiving illegal firearms, and selling drugs. A number of police officers were involved in this operation, including Constable Keith Pearce, known to the appellant as "Mac", Corporal Gordon Rennick, known as "Dan", and Constable Robert Johnston, known as "Zeus". "Mac" posed as the head of the criminal organization. At no time was the appellant aware of the true identity of the undercover officers.

From the beginning, the undercover officers encouraged Mr. Grandinetti to talk about his aunt's murder, but he consistently refused to do so. By late October, the undercover officers decided a new tactic was necessary. They began trying to convince the appellant that they had contacts in the police department who were prepared to act unlawfully, and that they had been able to use those contacts in the past to influence an investigation. On October 30, 1997, the undercover officers convinced Mr. Grandinetti that they had managed to have a murder charge against "Dan" reduced to aggravated assault by using their police connections to relocate a witness and retrieve incriminating photos. They reinforced the perception that they had corrupt police contacts on November 13, 1997, when "Mac" told Mr. Grandinetti that he had easily learned the name of the investigator on the Connie Grandinetti murder investigation.

To further encourage Mr. Grandinetti to talk about Connie Grandinetti's murder, the undercover officers suggested to him that they could use their corrupt police contacts to steer the Connie Grandinetti murder investigation away from him. When he continued to balk at talking about the murder, they told him that he might be a liability to their organization because of the ongoing murder investigation. They forcefully suggested he "come clean" with them to protect the organization from possible police interference.

de liaison et que sa participation aux activités criminelles de l'organisation pourrait lui rapporter des centaines de milliers de dollars.

8 Dans le cadre de cette opération, M. Grandinetti a été amené à participer à des activités criminelles comme le recyclage d'argent, le vol, la réception d'armes à feu illégales et le trafic de stupéfiants. Un certain nombre de policiers ont pris part à l'entreprise, dont l'agent Keith Pearce — que l'appelant connaissait sous le nom de « Mac » —, le caporal Gordon Rennick, alias « Dan », et l'agent Robert Johnston, surnommé « Zeus ». « Mac » prétendait être à la tête de l'organisation criminelle. L'appelant a toujours ignoré leur véritable identité.

9 Dès le début, les agents doubles ont invité M. Grandinetti à parler du meurtre de sa tante, mais toujours en vain. À la fin d'octobre, ils ont convenu de la nécessité d'un nouveau stratagème. Ils ont d'abord tenté de convaincre l'appelant qu'ils connaissaient des policiers disposés à agir illégalement et auxquels ils avaient eu recours par le passé pour influencer le déroulement d'une enquête. Le 30 octobre 1997, ils l'ont persuadé qu'ils avaient réussi à faire réduire une accusation de meurtre pesant contre « Dan » à une accusation de voies de fait graves en se servant de leurs contacts dans la police pour éloigner un témoin et récupérer des photos incriminantes. Le 13 novembre 1997, pour conforter M. Grandinetti dans l'impression qu'ils avaient des liens avec des policiers corrompus, « Mac » a dit à l'appelant qu'il avait pu obtenir facilement le nom du responsable de l'enquête sur le meurtre de Connie Grandinetti.

10 Afin d'amener M. Grandinetti à parler enfin du meurtre de Connie Grandinetti, les agents doubles lui ont laissé entendre que, grâce à leurs contacts, ils pourraient faire lever les soupçons pesant sur lui. Comme il continuait à se taire, ils ont fait valoir que la poursuite de l'enquête sur le meurtre pourrait nuire à leurs activités. Ils lui ont vivement conseillé de se « mettre à table » pour éviter que la police ne vienne mettre son nez dans leurs affaires.

11 This led Mr. Grandinetti to confess his involvement in the murder, provide details to the undercover officers, and take them to the location where Connie Grandinetti was killed. The confessions were recorded. On the basis of his confessions to the undercover officers, Mr. Grandinetti was arrested on December 9, 1997.

M. Grandinetti est alors passé aux aveux, donnant des précisions aux agents doubles et les conduisant au lieu du meurtre. Les aveux ont été enregistrés et c'est sur leur fondement que M. Grandinetti a été arrêté le 9 décembre 1997.

12 At trial, Nash J. made two rulings that form the core of this appeal: first, she ruled that Mr. Grandinetti's inculpatory statements to the undercover officers were admissible; and second, she excluded evidence of the possibility that a third person might have committed the murder.

Lors du procès, la juge Nash a rendu deux décisions qui sont au cœur du présent pourvoi. Premièrement, elle a conclu à l'admissibilité des déclarations inculpatoires et, deuxièmement, elle a exclu la preuve relative à la possibilité qu'une autre personne ait commis le meurtre.

13 The defence position at trial was that the undercover officers were "persons in authority" because Mr. Grandinetti believed they could influence the investigation into the murder of his aunt through the corrupt police officers they claimed to know. This, the defence argued, shifted the burden to the Crown to prove either that Mr. Grandinetti did not reasonably believe the undercover officers were persons in authority, or that the statements were made voluntarily. The Crown, on the other hand, argued that the undercover officers could not be persons in authority because the accused must believe that the recipient of a confession can influence the investigation or prosecution by aiding, not thwarting, the state's interests.

Au procès, la défense a soutenu que les agents doubles étaient des « personnes en situation d'autorité » puisque M. Grandinetti avait cru qu'ils pouvaient influencer le cours de l'enquête sur le meurtre de sa tante grâce à leurs prétendues relations avec des policiers corrompus. Selon elle, il incombait donc au ministère public de prouver soit que M. Grandinetti n'avait pas raisonnablement cru que les agents doubles étaient des personnes en situation d'autorité, soit que ses déclarations avaient été faites volontairement. Le ministère public a rétorqué que les agents doubles n'auraient pu être des personnes en situation d'autorité que si l'accusé avait cru qu'ils étaient susceptibles d'influencer l'enquête ou la poursuite en défendant les intérêts de l'État, et non en agissant à leur détriment.

14 The trial judge held a *voir dire* to determine the threshold issue, namely whether Mr. Grandinetti had met his evidentiary burden of showing that there was a valid issue about whether the undercover officers were or could be persons in authority. For this purpose, the defence called three witnesses: Corporal Rennick, Constable Johnston, and Mr. Grandinetti.

La juge du procès a tenu un voir-dire afin de trancher la question préliminaire : M. Grandinetti s'était-il acquitté de sa charge de présentation concernant l'existence d'une véritable question en litige quant à savoir si les agents doubles étaient ou pouvaient être des personnes en situation d'autorité? La défense a appelé trois témoins à la barre : le caporal Rennick, l'agent Johnston et M. Grandinetti.

15 The trial judge ruled that the undercover officers could not be persons in authority, that no *voir dire* on voluntariness was necessary, and that the statements were admissible. She found that Mr. Grandinetti was totally unaware of the true identity of the undercover officers, and, in fact, had a collegial relationship with them. She emphasized that the "person in authority" test is largely a subjective

La juge du procès a conclu que les agents doubles ne pouvaient être des personnes en situation d'autorité, qu'il n'était pas nécessaire de tenir un voir-dire sur le caractère volontaire des déclarations et que celles-ci étaient admissibles en preuve. Elle a estimé que M. Grandinetti ignorait complètement la véritable identité des agents doubles et qu'il les avait en fait considérés comme ses pairs. Elle a souligné que

one, based on the reasonable beliefs of the accused. She concluded that logic and reason required that the definition of "person in authority" be limited to people the accused believes are acting in collaboration with the authorities. In her view, the undercover officers could not be considered persons in authority because Mr. Grandinetti viewed them not as acting for or in collaboration with the interests of the state, but rather against those interests.

le critère de la « personne en situation d'autorité » était très subjectif et se fondait sur la croyance raisonnable de l'accusé. La logique et la raison voulaient qu'une « personne en situation d'autorité » ne puisse être qu'une personne qui, selon l'accusé, agit de concert avec les autorités. Les agents doubles ne pouvaient être des personnes en situation d'autorité puisque M. Grandinetti croyait non pas qu'ils agissaient dans l'intérêt public ou collaboraient avec l'État, mais bien qu'ils contrecarraient l'action de l'État.

The second disputed ruling of the trial judge was her decision, after two *voir dires*, to exclude defence evidence suggesting that Connie Grandinetti may have been killed by a third party, Rick Papin. The two *voir dires* were held to assess the relevance and probative value of the evidence.

16 La deuxième décision contestée de la juge du procès est celle, rendue à l'issue de deux voir-dire, d'exclure la preuve donnant à penser qu'une autre personne, Rick Papin, avait pu assassiner Connie Grandinetti. Les deux voir-dire visaient à apprécier la pertinence de la preuve et sa valeur probante.

During the first *voir dire*, the defence tendered evidence of threats made to Connie Grandinetti by Rick Papin. The only witness was Dustin Grandinetti, Connie Grandinetti's son. He testified that his mother sold cocaine from 1995 to 1996, but that she had stopped selling drugs by the spring of 1996. Ms. Grandinetti had once paid her son $100 to drive her to a location where she sold cocaine. Dustin Grandinetti testified that this incident was the only personal knowledge he had of his mother's drug dealing. Although he had met Rick Papin once or twice, he never saw him deliver drugs to his mother.

17 Au cours du premier voir-dire, la défense a cherché à mettre en preuve les menaces proférées par Rick Papin contre Connie Grandinetti. Son seul témoin était le fils de la victime, Dustin Grandinetti. Il a témoigné que sa mère avait vendu de la cocaïne de 1995 à 1996 et que, depuis le printemps 1996, elle avait cessé de le faire. M^me^ Grandinetti lui avait déjà versé 100 $ pour qu'il la dépose à l'endroit où elle vendait la drogue. C'était la seule fois qu'il avait eu personnellement connaissance de cette activité exercée par sa mère. Il avait bien rencontré Rick Papin une fois ou deux, mais il ne l'avait jamais vu livrer des stupéfiants à sa mère.

Most of Dustin Grandinetti's testimony consisted of hearsay statements. He testified that Connie Grandinetti told him she had stopped using Mr. Papin as her drug supplier, and had begun selling drugs for someone else for less than Mr. Papin charged. She also told him that she became afraid of Mr. Papin in early 1996.

18 Le témoignage de Dustin Grandinetti était essentiellement constitué de ouï-dire. Connie Grandinetti lui aurait confié qu'elle s'approvisionnait désormais auprès d'un autre fournisseur que M. Papin et vendait la drogue moins cher que lui. Elle lui aurait également dit qu'elle avait commencé à craindre M. Papin au début de 1996.

The second *voir dire* on this issue was much more extensive than the first. The trial judge considered not only the testimony of those who gave evidence on the *voir dire*, but also the evidence Cory Grandinetti gave at trial. In the presence of the jury, Mr. Grandinetti had testified that he picked up his aunt at approximately 8:00 p.m. on April 9, 1997, and that she was looking for cocaine. He said they

19 Le second voir-dire sur la question a été beaucoup plus approfondi que le premier. La juge du procès a tenu compte non seulement des témoignages alors entendus, mais également du témoignage de Cory Grandinetti au procès. En présence du jury, M. Grandinetti avait témoigné que, le 9 avril 1997, vers 20 heures, il était passé prendre sa tante et qu'elle était à la recherche de cocaïne. Ils s'étaient rendus

went to several bars. Ms. Grandinetti went inside each bar for a few minutes while her nephew waited outside. Mr. Grandinetti and his aunt also went to a corner store, but left after waiting for twenty minutes. According to Mr. Grandinetti, his aunt was looking for someone, but did not tell him who the person was. Later, they drove to a house where they talked. Ms. Grandinetti told him about the problems she had had in the last year with Rick Papin, who was both her former lover and former cocaine supplier. She told Mr. Grandinetti that when the relationship ended, so did the cocaine sales. She said that she felt she was not allowed to sell cocaine for anyone else. Mr. Grandinetti's evidence was that he dropped Ms. Grandinetti off at a bar just after midnight.

20 Mr. Grandinetti testified on the *voir dire* as well. He stated that Connie Grandinetti told him that Rick Papin had beaten up some of her customers, broken into her home, held a knife to her throat, and threatened to kill her. According to him, she had also indicated that she was gathering information to expose Rick Papin as an informant, and that she was afraid of Mr. Papin.

21 Lawrence Berlinguette, Connie Grandinetti's boyfriend at the time of her death, testified on the second *voir dire* that Mr. Papin, along with his associate, Calvin Dominique, broke into their apartment on March 21, 1996. Mr. Dominique hit Mr. Berlinguette in the face and broke his nose. Mr. Papin had a hunting knife and put the blade to Connie Grandinetti's throat, ordering her to stay away from his customers. Mr. Papin also told Ms. Grandinetti that he did not want her dealing drugs in town, and slapped her in the face a few times. Mr. Papin and Mr. Dominique claimed that Connie Grandinetti owed them money, and accused her of informing on them to the police. The incident lasted approximately ten minutes.

22 Calvin Dominique and Rick Papin were charged with several offences arising out of this incident, but the Crown entered a stay of all proceedings on November 26, 1996. The day after the assault, Mr. Berlinguette and Ms. Grandinetti moved from their apartment to the other side of the city.

dans plusieurs bars. M^me^ Grandinetti était entrée dans chacun d'eux quelques minutes, son neveu l'attendant à l'extérieur. Ils s'étaient également rendus à un dépanneur pour en repartir après vingt minutes d'attente. Selon M. Grandinetti, sa tante cherchait une personne en particulier dont elle ne lui a jamais révélé l'identité. Plus tard, ils s'étaient rendus à une maison et avaient parlé. M^me^ Grandinetti lui avait fait part des problèmes que Rick Papin, son ancien amant et fournisseur de cocaïne, lui avait causés au cours de la dernière année. Elle lui avait confié que, à l'instar de la relation, la vente de cocaïne avait pris fin. Elle avait dit ne pas se sentir libre de vendre de la cocaïne pour quelqu'un d'autre. M. Grandinetti a dit avoir déposé sa tante à un bar peu après minuit.

M. Grandinetti a témoigné lors du voir-dire également. Connie Grandinetti lui aurait dit que Rick Papin avait battu certains de ses clients, qu'il était entré chez elle par effraction, qu'il lui avait mis un couteau sous la gorge et qu'il avait menacé de la tuer. Elle lui aurait également dit qu'elle recueillait des renseignements pour démasquer Rick Papin à titre d'indicateur, et qu'elle le craignait.

Lors du second voir-dire, le petit ami de Connie Grandinetti au moment de son décès, Lawrence Berlinguette, a témoigné que M. Papin et son associé, Calvin Dominique, avaient fait irruption dans leur appartement le 21 mars 1996. M. Dominique l'avait frappé au visage, lui fracturant le nez. Armé d'un couteau de chasse, M. Papin avait mis la lame sous la gorge de Connie Grandinetti, la sommant de se tenir loin de ses clients. Il lui avait également signifié qu'il ne voulait pas qu'elle vende de la drogue en ville, la giflant à plusieurs reprises. MM. Papin et Dominique prétendaient que Connie Grandinetti leur devait de l'argent et ils lui reprochaient de renseigner la police à leur sujet. L'incident avait duré environ dix minutes.

Calvin Dominique et Rick Papin avaient par la suite été inculpés de plusieurs infractions, mais le ministère public avait inscrit un arrêt des procédures le 26 novembre 1996. Le lendemain de l'agression, M. Berlinguette et M^me^ Grandinetti avaient emménagé dans un nouvel appartement situé à l'autre extrémité de la ville.

Mr. Berlinguette's evidence was that although he and Connie Grandinetti sold cocaine for Mr. Papin from February 8, 1996 until March 21, 1996, neither of them had any contact with Mr. Papin or Mr. Dominique after March 21, 1996. He also stated that Ms. Grandinetti had stopped using and selling drugs eight months before her death.

Elaine McGilvery, Rick Papin's common-law spouse from January 1995 until February 1996, also gave evidence on the second *voir dire*. She testified that during their relationship, Mr. Papin was involved in cocaine trafficking and Connie Grandinetti was his runner. In late February or early March 1996, she said, Mr. Papin believed Connie Grandinetti had ripped him off and informed on him to the police. She was unaware of any contact between Ms. Grandinetti and Mr. Papin after March 21, 1996, but by that point, her relationship with Rick Papin had ended. Ms. McGilvery also testified that after the break-in, Connie Grandinetti told her she was afraid of Rick Papin.

According to Ms. McGilvery, Mr. Papin was physically and verbally abusive to her. He held a knife to her throat in February 1996, and threatened to kill her a few times in 1996. On January 18, 1997, he choked and threatened her while she was in a bar because he was angry at her because he had hidden a gun at her place and wanted it back. Ms. McGilvery testified that she had no personal knowledge that Mr. Papin carried a gun, and that she had never seen him with a gun. She did, however, say that she found a gun in her residence which she believed was placed there by Mr. Papin. She reported the January 18 incident to the police, resulting in Mr. Papin being arrested and charged with several offences, including assault. As a result of the charges arising from the January 18 assault on Ms. McGilvery, and a separate charge of threatening Ms. McGilvery, Mr. Papin was held in custody from January 18, 1997 until April 7, 1997.

During the summer of 1996, Ms. McGilvery became involved with Ricky Whitford, who was in the Remand Centre with Mr. Papin from January to April 1997. Ricky Whitford had known Mr. Papin since 1985. Ms. McGilvery said she told

Selon le témoignage de M. Berlinguette, Connie Grandinetti et lui avaient vendu de la cocaïne pour M. Papin du 8 février au 21 mars 1996, mais ils n'avaient plus eu de contacts avec M. Papin ou M. Dominique par la suite. Qui plus est, M^me^ Grandinetti avait cessé de consommer de la drogue et d'en vendre huit mois avant son décès. 23

Conjointe de fait de Rick Papin de janvier 1995 à février 1996, Elaine McGilvery a elle aussi témoigné lors du second voir-dire. Elle a dit que, pendant leur liaison, M. Papin s'était livré au trafic de la cocaïne et que Connie Grandinetti lui avait servi de courrier. À la fin de février ou au début de mars 1996, M. Papin avait cru avoir été roulé et dénoncé aux policiers par Connie Grandinetti. Elle a affirmé ne pas avoir eu connaissance de contacts entre M^me^ Grandinetti et M. Papin après le 21 mars 1996. À cette date, elle avait d'ailleurs déjà rompu avec Rick Papin. Connie Grandinetti lui aurait dit, après l'incident de l'appartement, qu'elle avait peur de Rick Papin. 24

M^me^ McGilvery a dit que M. Papin était physiquement et verbalement violent avec elle. Il lui avait mis un couteau sous la gorge en février 1996 et l'avait menacée de mort à plusieurs reprises la même année. Le 18 janvier 1997, dans un accès de colère, il l'avait étranglée et menacée dans un bar parce qu'il avait caché une arme à feu chez elle et voulait la récupérer. M^me^ McGilvery a dit ne pas avoir eu personnellement connaissance qu'il portait une arme à feu et ne l'avoir jamais vu en porter une. Cependant, elle avait déjà trouvé une arme à feu chez elle et avait alors cru que M. Papin l'y avait mise. Elle a porté plainte à la police pour l'incident du 18 janvier, et M. Papin a été arrêté puis accusé de plusieurs infractions, dont celle de voies de fait. En raison de ces accusations et d'une autre accusation distincte d'avoir menacé M^me^ McGilvery, M. Papin a été détenu du 18 janvier au 7 avril 1997. 25

Au cours de l'été 1996, M^me^ McGilvery a commencé à fréquenter Ricky Whitford, qui se trouvait dans le même centre de détention provisoire que M. Papin de janvier à avril 1997. Ricky Whitford connaissait M. Papin depuis 1985. M^me^ McGilvery 26

Mr. Whitford that Mr. Papin was a police informant, and that Mr. Whitford wanted to expose Mr. Papin.

27 Mr. Whitford's evidence on the second *voir dire* was that one to two weeks before Connie Grandinetti's death, he told his cousin, Calvin Dominique, that Connie Grandinetti could get information to establish that Mr. Papin was a police informant. Mr. Whitford planned to show the documentation establishing that Mr. Papin was an informant to everyone at the Remand Centre in the hopes that Mr. Papin would be stabbed or beaten up. He also said that Ms. McGilvery told him that Ms. Grandinetti was afraid of Mr. Papin.

28 Mr. Whitford testified that although Mr. Papin used to assault people at parties regularly, the last time he had seen him exhibit violent behaviour was in 1993. He also said that he had seen Mr. Papin with a nine-millimetre handgun and a .357 Smith and Wesson.

29 Mr. Whitford's evidence was also that Mr. Papin was angry at Ms. McGilvery and blamed her for his incarceration.

30 Terry Garnett, the deputy director of security for the Edmonton Remand Centre, testified on the *voir dire* that Rick Papin was detained from January 18, 1997 to April 7, 1997 at the Remand Centre. According to him, the records showed that neither Mr. Dominique, Ms. McGilvery, nor Ms. Grandinetti visited Mr. Papin while he was in custody.

31 Constable Dennis Hartl, who also gave evidence on this *voir dire*, arrested Connie Grandinetti on January 7, 1997 on a charge of selling cocaine to an undercover police officer on March 1, 1996. She was never formally charged. The sale was made on behalf of Rick Papin. After her arrest, Ms. Grandinetti provided information about a number of drug dealers, but she did not provide any information about Mr. Papin. She also told Constable Hartl that she was not afraid of Mr. Papin and was willing to testify against him on the break-and-enter charge arising from his 1996 assault in her apartment.

lui ayant dit que M. Papin était un indicateur de la police, M. Whitford voulait démasquer ce dernier.

M. Whitford a témoigné lors du second voir-dire qu'une semaine ou deux avant le décès de Connie Grandinetti, il avait dit à son cousin, Calvin Dominique, qu'elle pouvait obtenir des documents établissant que M. Papin était un indicateur. M. Whitford comptait faire circuler ces documents au centre de détention provisoire afin que M. Papin soit poignardé ou battu. M^me^ McGilvery lui avait aussi confié que M^me^ Grandinetti craignait M. Papin.

Il a ajouté que M. Papin avait l'habitude d'agresser les gens lors de réceptions, mais que la dernière manifestation de violence dont il avait été témoin remontait à 1993. Par ailleurs, il avait vu M. Papin en possession d'un revolver 9mm et d'un Smith and Wesson de calibre .357.

M. Whitford a également témoigné que M. Papin était en colère contre M^me^ McGilvery, qu'il tenait pour responsable de son incarcération.

Le directeur adjoint de la sécurité du centre de détention provisoire d'Edmonton, Terry Garnett, a pour sa part témoigné, lors du voir-dire, que Rick Papin avait été détenu au centre du 18 janvier au 7 avril 1997. Selon les registres, ni M. Dominique ni M^mes^ McGilvery et Grandinetti n'avaient rendu visite à M. Papin pendant cette période.

L'agent Dennis Hartl a également témoigné lors du voir-dire. C'est lui qui, le 7 janvier 1997, avait arrêté Connie Grandinetti pour vente de cocaïne à un agent en civil le 1^er^ mars 1996. Il n'y avait jamais eu de mise en accusation formelle. La vente avait été conclue pour le compte de Rick Papin. Après son arrestation, M^me^ Grandinetti avait fourni des renseignements sur un certain nombre de trafiquants de drogue, mais aucun sur M. Papin. Elle avait également dit à l'agent Hartl qu'elle ne craignait pas M. Papin et qu'elle était disposée à témoigner contre lui relativement à l'accusation d'introduction par effraction portée à la suite de l'agression survenue dans son appartement en 1996.

The trial judge, after conducting the two *voir dires*, ruled that there was insufficient evidence of a link between Rick Papin and the murder of Connie Grandinetti, and excluded the evidence.

The jury found Cory Grandinetti guilty of the murder of his aunt. Mr. Grandinetti appealed his conviction to the Alberta Court of Appeal ((2003), 339 A.R. 52). The majority (McFadyen and Côté JJ.A.) upheld the rulings and dismissed the appeal. Conrad J.A. dissented, holding that it was possible to conclude that the undercover police officers were persons in authority, therefore necessitating a voluntariness *voir dire*, and that there was a sufficient link between Rick Papin and Connie Grandinetti's murder to make the evidence admissible. The basis of this appeal is a challenge to the rulings of the trial judge admitting the confessions and excluding the evidence that Rick Papin might have committed the murder.

II. Analysis

A. *The Admissibility of the Inculpatory Statements*

The confessions rule ensures that statements made out of court by an accused to a person in authority are admissible only if the statements were voluntary. The relevant principles were canvassed by this Court in *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, and *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38. In *Oickle*, at paras. 47-71, the Court set out the factors relevant to the voluntariness inquiry. The issue argued on this appeal by the appellant was whether the impugned statements were made to a "person in authority" within the meaning of *Hodgson*, and not whether they were free and voluntary within the meaning of *Oickle*.

The rule, the policies supporting it, and the definition of "person in authority", were all considered in *Hodgson*. Cory J. expressed the rule's rationale as follows:

À l'issue des deux voir-dire, la juge du procès a conclu que la preuve d'un lien entre Rick Papin et le meurtre de Connie Grandinetti était insuffisante et elle l'a exclue. 32

Le jury a déclaré Cory Grandinetti coupable du meurtre de sa tante. Ce dernier a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges McFadyen et Côté) ont confirmé les décisions et rejeté l'appel ((2003), 339 A.R. 52). Dissidente, la juge Conrad a estimé qu'il était possible de conclure que les agents doubles étaient des personnes en situation d'autorité, ce qui rendait nécessaire la tenue d'un voir-dire sur le caractère volontaire des déclarations, et que le lien établi entre Rick Papin et le meurtre de Connie Grandinetti était suffisant pour que la preuve soit admissible. La contestation de la décision de la juge du procès d'admettre les aveux et de celle d'exclure la preuve que Rick Papin aurait pu être l'auteur du meurtre est à l'origine du présent pourvoi. 33

II. Analyse

A. *L'admissibilité des déclarations inculpatoires*

Suivant la règle des confessions, les déclarations extrajudiciaires d'un accusé à une personne en situation d'autorité ne sont admissibles que si elles sont volontaires. Les principes applicables ont été établis par notre Cour dans *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, et *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38. Aux paragraphes 47 à 71 de ce dernier arrêt, la Cour a énuméré les facteurs à considérer pour statuer sur le caractère volontaire d'une déclaration. Dans la présente affaire, l'appelant soulève la question de savoir si ses déclarations ont été faites à une « personne en situation d'autorité » au sens de l'arrêt *Hodgson*, et non celle de savoir si elles ont été faites librement et volontairement au sens de l'arrêt *Oickle*. 34

La règle, les principes qui la sous-tendent et la définition de « personne en situation d'autorité » ont été examinés dans l'arrêt *Hodgson*. Voici comment le juge Cory a justifié la règle : 35

The rule is based upon two fundamentally important concepts: the need to ensure the reliability of the statement and the need to ensure fairness by guarding against improper coercion by the state.

. . .

It cannot be forgotten that it is the nature of the authority exerted by the state that might prompt an involuntary statement. . . . In other words, it is the fear of reprisal or hope of leniency that persons in authority may hold out and which is associated with their official status that may render a statement involuntary. . . . This limitation [i.e., the person in authority requirement] is appropriate since most criminal investigations are undertaken by the state, and it is then that an accused is most vulnerable to state coercion. [paras. 48 and 24]

The underlying rationale of the "person in authority" analysis is to avoid the unfairness and unreliability of admitting statements made when the accused believes himself or herself to be under pressure from the uniquely coercive power of the state. In *Hodgson*, although explicitly invited to do so, the Court refused to eliminate the requirement for a "person in authority" threshold determination. As Cory J. stated, were it not for this requisite inquiry,

all statements to undercover police officers would become subject to the confessions rule, even though the accused was completely unaware of their status and, at the time he made the statement, would never have considered the undercover officers to be persons in authority. [para. 25]

36 There is no doubt, as the Court observed in *Hodgson*, at para. 26, that statements can sometimes be made in such coercive circumstances that their reliability is jeopardized even if they were not made to a person in authority. The admissibility of such statements is filtered through exclusionary doctrines like abuse of process at common law and under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to prevent the admission of statements that undermine the integrity of the judicial process. The "abuse of process" argument was, in fact, made by Mr. Grandinetti at trial, but was

La règle repose sur deux concepts d'une importance fondamentale : la nécessité de garantir la fiabilité de la déclaration et d'assurer l'équité en empêchant l'État de prendre des mesures de coercition inappropriées.

. . .

Il ne faut pas oublier que c'est la nature de l'autorité exercée par l'État qui peut pousser une personne à faire une déclaration involontaire. [. . .] En d'autres mots, c'est la crainte de représailles ou l'espoir d'obtenir la clémence de personnes en situation d'autorité, sentiments associés à la qualité officielle de ces personnes, qui peuvent amener une personne à faire une déclaration involontaire. [. . .] Cette restriction [l'exigence relative à la personne en situation d'autorité] est appropriée puisque la plupart des enquêtes criminelles sont faites par l'État et que c'est dans cette situation qu'un accusé est le plus vulnérable à la coercition de l'État. [par. 48 et 24]

La raison d'être du critère de la « personne en situation d'autorité » est l'iniquité d'admettre en preuve les déclarations qu'un accusé a faites en croyant être soumis au pouvoir particulièrement coercitif de l'État et la non-fiabilité de telles déclarations. Dans l'arrêt *Hodgson*, malgré une demande explicite en ce sens, notre Cour a refusé d'écarter l'exigence d'une décision préliminaire quant à savoir si la déclaration a été faite à une « personne en situation d'autorité ». Le juge Cory a dit que sans l'examen voulu,

toutes les déclarations faites à un agent double seraient assujetties à la règle des confessions même si l'accusé ignorait complètement qu'il avait affaire à une telle personne et si, au moment où il a fait la déclaration, il n'aurait jamais considéré l'agent double comme une personne en situation d'autorité. [par. 25]

Comme notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Hodgson*, par. 26, il ne fait aucun doute qu'une déclaration peut parfois être faite dans des circonstances qui sont coercitives au point de compromettre sa fiabilité même si l'interlocuteur n'est pas une personne en situation d'autorité. Des règles de common law comme l'abus de procédure, et la *Charte canadienne des droits et libertés* font obstacle à l'admission en preuve d'une telle déclaration lorsqu'elle est de nature à miner l'intégrité du processus judiciaire. L'argument fondé sur l'« abus de procédure » a en fait été formulé par M. Grandinetti au procès, puis

rejected both at trial and on appeal, and was not argued before us.

In *Hodgson*, the Court delineated the process for assessing whether a confession should be admitted. First, there is an evidentiary burden on the accused to show that there is a valid issue for consideration about whether, when the accused made the confession, he or she believed that the person to whom it was made was a person in authority. A "person in authority" is generally someone engaged in the arrest, detention, interrogation or prosecution of the accused. The burden then shifts to the Crown to prove, beyond a reasonable doubt, either that the accused did not reasonably believe that the person to whom the confession was made was a person in authority, or, if he or she did so believe, that the statement was made voluntarily. The question of voluntariness is not relevant unless the threshold determination has been made that the confession was made to a "person in authority".

The test of who is a "person in authority" is largely subjective, focusing on the accused's perception of the person to whom he or she is making the statement. The operative question is whether the accused, based on his or her perception of the recipient's ability to influence the prosecution, believed either that refusing to make a statement to the person would result in prejudice, or that making one would result in favourable treatment.

There is also an objective element, namely, the reasonableness of the accused's belief that he or she is speaking to a person in authority. It is not enough, however, that an accused reasonably believe that a person can influence the course of the investigation or prosecution. As the trial judge correctly concluded:

[R]eason and common sense dictates that when the cases speak of a person in authority as one who is capable of controlling or influencing the course of the proceedings, it is from the perspective of someone who is involved in the investigation, the apprehension and prosecution of a criminal offence resulting in a conviction, an agent of the police or someone working in collaboration with the police. It does not include someone who seeks to

écarté tant au procès qu'en appel, mais il n'a pas été avancé devant notre Cour.

37 Dans l'arrêt *Hodgson*, notre Cour a défini la procédure à suivre pour décider de la recevabilité d'un aveu. Premièrement, l'accusé a la charge de présentation concernant l'existence d'une véritable question en litige justifiant un examen quant à savoir si, au moment d'avouer, il croyait avoir affaire à une personne en situation d'autorité. Une « personne en situation d'autorité » s'entend généralement de celle qui participe à l'arrestation, à la détention, à l'interrogatoire ou à la poursuite de l'accusé. Il incombe ensuite au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé ne croyait pas raisonnablement que son interlocuteur était une personne en situation d'autorité ou, s'il le croyait, que la déclaration était volontaire. La question de savoir si l'aveu était volontaire ne se pose que si le tribunal conclut au préalable qu'il a été fait à une « personne en situation d'autorité ».

38 La notion de « personne en situation d'autorité » est très subjective et repose sur la perception qu'a l'accusé de la personne à qui il fait la déclaration. Il faut se demander si, compte tenu de sa perception du pouvoir de son interlocuteur d'influencer la poursuite, l'accusé croyait qu'il subirait un préjudice s'il refusait de faire une déclaration ou qu'il bénéficierait d'un traitement favorable s'il parlait.

39 Le critère comporte également un volet objectif : le caractère raisonnable de la croyance que l'interlocuteur est une personne en situation d'autorité. Il ne suffit toutefois pas que l'accusé croie raisonnablement qu'une personne puisse infléchir le déroulement de l'enquête ou de la poursuite. Comme l'a dit avec raison la juge du procès :

[TRADUCTION] [L]a raison et le bon sens commandent, lorsque la jurisprudence dit d'une personne en situation d'autorité qu'elle peut exercer un contrôle ou une influence sur le déroulement de la procédure, qu'elle renvoie à une personne participant à l'enquête, à l'arrestation et à la poursuite relatives à une infraction criminelle débouchant sur une déclaration de culpabilité, à un mandataire de la police ou à une personne collaborant avec les

sabotage the investigation or steer the investigation away from a suspect that the state is investigating.

(Alta. Q.B., No. 98032644C5, April 30 1999, at para. 56)

40 Although the person in authority test is not a categorical one, absent unusual circumstances an undercover officer will not be a person in authority since, from the accused's viewpoint, he or she will not usually be so viewed. This position is supported by precedent. As Cory J. explained in *Hodgson*:

> The receiver's status as a person in authority arises only if the accused had knowledge of that status. If the accused cannot show that he or she had knowledge of the receiver's status (as, for example, in the case of an undercover police officer) . . ., the inquiry pertaining to the receiver as a person in authority must end. [para. 39]

See also *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 664; *R. v. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514 (Man. K.B.), at p. 527.

41 The appellant conceded that undercover officers are usually not persons in authority. His position is that although undercover officers are not usually persons in authority, when an undercover operation includes as part of its ruse a suggested association with corrupt police, who the accused is told could influence the investigation and prosecution of the offence, the officers qualify as persons in authority.

42 However, under the traditional confession rule,

> a person in authority is a person concerned with the prosecution who, in the opinion of the accused, can influence the course of the prosecution.

(*R. v. Berger* (1975), 27 C.C.C. (2d) 357 (B.C.C.A.), at p. 385, cited in *Hodgson*, at para. 33)

43 This, it seems to me, is further elaborated in *Hodgson* by Cory J.'s description of a person in authority as someone whom the confessor perceives to be "an agent of the police or prosecuting authorities", "allied with the state authorities", "acting on behalf of the police or prosecuting authorities", and

policiers. Il ne saurait s'agir d'une personne cherchant à saboter l'enquête ou à soustraire un suspect à une enquête menée par l'État.

(B.R. Alb., n° 98032644C5, 30 avril 1999, par. 56)

Même si le critère relatif à la personne en situation d'autorité ne s'applique pas de manière absolue, sauf circonstances exceptionnelles, un agent double ne sera pas une personne en situation d'autorité puisque l'accusé ne le percevra habituellement pas ainsi. La jurisprudence le confirme. Comme l'a expliqué le juge Cory dans l'arrêt *Hodgson* :

> La question de la qualité de personne en situation d'autorité de la personne qui a reçu la déclaration se pose seulement si l'accusé connaissait cette qualité. Si l'accusé ne peut pas prouver qu'il connaissait la qualité de la personne ayant reçu sa déclaration (par exemple, dans le cas d'un agent double) [. . .], l'examen de la question de savoir si la personne ayant reçu la déclaration était une personne en situation d'autorité doit cesser. [par. 39]

Voir également *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, p. 664; *R. c. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514 (B.R. Man.), p. 527.

Même s'il a reconnu qu'un agent double n'est habituellement pas une personne en situation d'autorité, l'appelant soutient que lorsque son stratagème consiste notamment à laisser entendre qu'il a des liens avec des policiers corrompus et que ces derniers pourraient influencer l'enquête et la poursuite relatives à l'infraction, l'agent est une personne en situation d'autorité.

Or, suivant la règle traditionnelle des confessions,

> [TRADUCTION] la personne en situation d'autorité est une personne concernée par les poursuites judiciaires et qui, de l'avis de l'accusé, peut en influencer le déroulement.

(*R. c. Berger* (1975), 27 C.C.C. (2d) 357 (C.A.C.-B.), p. 385, cité dans l'arrêt *Hodgson*, par. 33)

Cette idée me paraît développée dans l'arrêt *Hodgson*, où le juge Cory dit de la personne en situation d'autorité qu'aux yeux de l'auteur de la déclaration, elle est un « mandataire de la police ou des autorités chargées des poursuites », un « allié des autorités étatiques », qu'elle agit « pour le compte

"acting in concert with the police or prosecutorial authorities, or as their agent" (paras. 34-36 and 47). He amplified this theory as follows:

Since the person in authority requirement is aimed at controlling coercive state conduct, the test for a person in authority should not include those whom the accused unreasonably believes to be acting on behalf of the state. Thus, where the accused speaks out of fear of reprisal or hope of advantage because he reasonably believes the person receiving the statement is acting as an agent of the police or prosecuting authorities and could therefore influence or control the proceedings against him or her, then the receiver of the statement is properly considered a person in authority. In other words, the evidence must disclose not only that the accused subjectively believed the receiver of the statement to be in a position to control the proceedings against the accused, but must also establish an objectively reasonable basis for that belief. . . .

. . .

. . . there is no catalogue of persons, beyond a peace officer or prison guard, who are automatically considered a person in authority solely by virtue of their status. A parent, doctor, teacher or employer all may be found to be a person in authority if the circumstances warrant, but their status, or the mere fact that they may wield some personal authority over the accused, is not sufficient to establish them as persons in authority for the purposes of the confessions rule. . . . [T]he person in authority requirement has evolved in a manner that avoids a formalistic or legalistic approach to the interactions between ordinary citizens. Instead, it requires a case-by-case consideration of the accused's belief as to the ability of the receiver of the statement to influence the prosecution or investigation of the crime. That is to say, the trial judge must determine whether the accused reasonably believed the receiver of the statement was acting on behalf of the police or prosecuting authorities. [paras. 34 and 36]

The appellant believed that the undercover officers were criminals, not police officers, albeit criminals with corrupt police contacts who could

de la police ou des autorités chargées des poursuites » ou « de concert avec les autorités policières ou celles chargées des poursuites, [. . .] en tant que mandataire de celles-ci » (par. 34-36 et 47). Voici comment il a expliqué cette théorie plus avant :

Comme l'exigence relative à la personne en situation d'autorité vise à faire échec au comportement coercitif de l'État, le critère de la personne en situation d'autorité ne peut inclure les personnes que l'accusé croit déraisonnablement être des personnes agissant pour le compte de l'État. En conséquence, si l'accusé parle par crainte de représailles ou dans l'espoir d'obtenir un avantage parce qu'il croit raisonnablement que la personne qui reçoit sa déclaration agit à titre de mandataire de la police ou des autorités chargées des poursuites et qu'elle pourrait par conséquent avoir quelque influence ou pouvoir sur les poursuites engagées contre lui, cette personne est alors à juste titre considérée comme une personne en situation d'autorité. Autrement dit, la preuve doit révéler non seulement que l'accusé croyait subjectivement que la personne recevant la déclaration avait un certain pouvoir sur les poursuites engagées contre lui, mais elle doit établir l'existence d'un fondement objectivement raisonnable à l'égard de cette croyance. . .

. . .

. . . il n'existe aucune liste de personnes qui sont considérées d'office comme des personnes en situation d'autorité du seul fait de leur qualité. Un parent, un médecin, un enseignant ou un employeur peuvent tous être considérés comme des personnes en situation d'autorité si les circonstances le justifient, mais leur qualité, ou le simple fait qu'ils peuvent exercer une certaine autorité personnelle sur l'accusé, ne suffit pas à faire d'eux des personnes en situation d'autorité pour l'application de la règle des confessions. [. . .] [L]'exigence relative à la personne en situation d'autorité a évolué d'une manière qui évite l'application d'une approche formaliste ou légaliste aux interactions entre de simples citoyens. Au contraire, elle commande un examen au cas par cas de la croyance de l'accusé au sujet de la capacité de la personne qui reçoit sa déclaration d'influencer l'enquête ou la poursuite du crime. En d'autres mots, le juge du procès doit déterminer si l'accusé croyait raisonnablement que la personne qui a reçu la déclaration agissait pour le compte de la police ou des autorités chargées des poursuites. [par. 34 et 36]

44

L'appelant croyait que les agents doubles étaient des criminels, pas des policiers, même s'il pensait que ces criminels avaient des liens avec des

potentially influence the investigation against him. When, as in this case, the accused confesses to an undercover officer he thinks can influence his murder investigation by enlisting corrupt police officers, the state's coercive power is not engaged. The statements, therefore, were not made to a person in authority.

45 The accused having failed to discharge the evidentiary burden of showing that there was a valid issue for consideration, a *voir dire* on voluntariness became unnecessary.

B. *The Evidence of Possible Third Party Involvement*

46 Evidence of the potential involvement of a third party in the commission of an offence is admissible. In *R. v. McMillan* (1975), 7 O.R. (2d) 750 (C.A.), aff'd [1977] 2 S.C.R. 824, Martin J.A. stated the simple underlying premise to be:

> [I]t [is] self-evident that if A is charged with the murder of X, then A is entitled, by way of defence, to adduce evidence to prove that B, not A, murdered X. [p. 757]

However, as he explained, the evidence must be relevant and probative:

> Evidence directed to prove that the crime was committed by a third person, rather than the accused, must, of course, meet the test of relevancy and must have sufficient probative value to justify its reception. Consequently, the Courts have shown a disinclination to admit such evidence unless the third person is sufficiently connected by other circumstances with the crime charged to give the proffered evidence some probative value. [p. 757]

47 The requirement that there be a sufficient connection between the third party and the crime is essential. Without this link, the third party evidence is neither relevant nor probative. The evidence may be inferential, but the inferences must be reasonable, based on the evidence, and not amount to speculation.

48 The defence must show that there is some basis upon which a reasonable, properly instructed jury could acquit based on the defence: *R. v. Fontaine*,

policiers corrompus susceptibles d'influencer l'enquête dont il était l'objet. Lorsque, comme en l'espèce, l'accusé avoue son crime à un agent double qu'il croit en mesure d'influencer, grâce au concours de policiers corrompus, l'enquête dont il fait l'objet, le pouvoir coercitif de l'État n'est pas en cause. Les déclarations n'ont donc pas été faites à une personne en situation d'autorité.

L'accusé ne s'étant pas acquitté de sa charge de présentation quant à l'existence d'une véritable question en litige justifiant un examen, la tenue d'un voir-dire sur le caractère volontaire de l'aveu était inutile.

B. *La preuve qu'un tiers a pu commettre le crime*

La preuve qu'une autre personne a pu perpétrer l'infraction est admissible. Dans *R. c. McMillan* (1975), 7 O.R. (2d) 750 (C.A.), conf. par [1977] 2 R.C.S. 824, le juge Martin a exposé le principe fondamental :

> [TRADUCTION] [I]l va de soi que s'il est accusé du meurtre de X, A peut, en défense, présenter des éléments de preuve établissant que c'est B, et non lui, qui a tué X. [p. 757]

Il a cependant précisé que la preuve doit être pertinente et avoir une valeur probante :

> [TRADUCTION] Il va sans dire que la preuve selon laquelle le crime a été commis par une autre personne doit satisfaire au critère de la pertinence et avoir une valeur probante suffisante pour que son admission soit justifiée. En conséquence, les tribunaux ne se sont montrés disposés à l'admettre en preuve que lorsque l'autre personne était par ailleurs suffisamment liée au crime pour que la preuve offerte ait quelque valeur probante. [p. 757]

L'exigence d'un lien suffisant entre l'autre personne et le crime est essentielle. Faute d'un tel lien, l'élément de preuve offert n'a aucune pertinence ou valeur probante. L'élément peut reposer sur des inférences, mais celles-ci doivent être raisonnables au regard de la preuve et ne pas être spéculatives.

L'accusé doit démontrer l'existence d'un élément susceptible de permettre à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de prononcer

[2004] 1 S.C.R. 702, 2004 SCC 27, at para. 70. If there is an insufficient connection, the defence of third party involvement will lack the requisite air of reality: *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29.

The trial judge correctly formulated the legal test for admitting third party evidence:

> The cases establish that an accused may adduce evidence tending to show that a third person committed the offence. The disposition of a third person to commit the offence is probative and admissible provided that there is other evidence tending to connect the third person with the commission of the offence.

(Ruling (*voir dire*), Appellant's Record, at p. 64)

The remaining question, therefore, is whether she correctly applied the test to the facts in holding that there was an insufficient connection between Rick Papin and the murder of Connie Grandinetti for the jury to hear the evidence.

The appellant argued that there was evidence tending to show that Rick Papin had motive, opportunity and the propensity to murder Connie Grandinetti.

With respect to motive, the appellant relied first on the March 21, 1996 threat incident. There is no doubt that threats can, under some circumstances, provide evidence of motive or disposition. But, there must be a sufficient connection between the threats and the crime before evidence of the threats is admissible. In this case, I agree with the trial judge that there is not a sufficient connection between the March 21, 1996 threat incident and the April 10, 1997 murder. The threats were made when Mr. Papin believed that Connie Grandinetti was selling cocaine from another supplier to his customers. However, Mr. Berlinguette gave uncontradicted evidence that Ms. Grandinetti had stopped selling drugs eight months prior to her murder. Since the evidence showed that Ms. Grandinetti was no longer selling drugs to Mr. Papin's customers, that motive was extinguished.

son acquittement sur le fondement du moyen de défense : *R. c. Fontaine*, [2004] 1 R.C.S. 702, 2004 CSC 27, par. 70. À défaut d'un lien suffisant, le moyen de défense fondé sur la perpétration du crime par une autre personne n'a pas la vraisemblance requise : *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29.

49 La juge du procès a correctement énoncé le critère juridique applicable en la matière :

> [TRADUCTION] Selon la jurisprudence, l'accusé peut présenter des éléments tendant à établir qu'un autre que lui a commis l'infraction. La prédisposition de l'autre personne à commettre l'infraction a valeur probante et est admissible à condition que d'autres éléments tendent à relier cette autre personne à la perpétration de l'infraction.

(Décision (voir-dire), dossier de l'appelant, p. 64)

Reste donc à déterminer si elle a correctement appliqué le critère aux faits de l'espèce en statuant que le jury ne pouvait entendre la preuve parce que le lien entre Rick Papin et le meurtre de Connie Grandinetti était insuffisant.

50 L'appelant a prétendu que des éléments tendaient à démontrer que Rick Papin avait un mobile, qu'il avait eu l'occasion de tuer Connie Grandinetti et qu'il y était prédisposé.

51 En ce qui concerne le mobile, l'appelant a tout d'abord invoqué les menaces proférées lors de l'incident du 21 mars 1996. Nul doute que de telles menaces peuvent, dans certains cas, établir le mobile ou la prédisposition. Cependant, elles doivent avoir un lien suffisant avec le crime pour constituer une preuve admissible. En l'espèce, je conviens avec la juge du procès qu'il n'y a pas de lien suffisant entre l'incident du 21 mars 1996 et le meurtre survenu le 10 avril 1997. M. Papin a proféré les menaces parce qu'il croyait que Connie Grandinetti vendait à ses clients de la drogue provenant d'un autre fournisseur. Or, selon le témoignage non contredit de M. Berlinguette, M^me^ Grandinetti avait cessé de vendre de la drogue huit mois avant qu'elle ne soit assassinée. Comme elle ne vendait plus de stupéfiants aux clients de M. Papin, ce mobile n'existait plus.

52 Moreover, the threat incident occurred more than a year before the murder, and, according to Mr. Berlinguette, Ms. Grandinetti never saw Mr. Papin again. There was, in fact, no evidence that there was any contact between Rick Papin and Connie Grandinetti after March 21, 1996.

53 The appellant also argued that Mr. Papin might have known that Connie Grandinetti was a police informant and might have feared that she would inform on him. According to the appellant, Mr. Papin could have learned that Connie Grandinetti was a police informant in one of two ways: either from the police themselves, since Mr. Papin was also an informant, or from the fact that Mr. Papin was also part of the investigation that led to Connie Grandinetti's 1997 arrest for selling drugs in 1996.

54 I see no basis for interfering with the trial judge's conclusion that there was insufficient evidence reasonably to infer that Mr. Papin's motive for killing Ms. Grandinetti was either to punish her for, or prevent her from, informing on him. Constable Hartl, the officer who arrested Connie Grandinetti in January 1997 for selling drugs the previous March, never suggested in his evidence that anyone was told about Ms. Grandinetti's decision to become a police informant. He also testified that despite becoming an informant, Connie Grandinetti never informed on Rick Papin. It is nothing more than speculation to suggest that the police betrayed Ms. Grandinetti by telling Mr. Papin that she was a confidential informant. Further, there was uncontradicted evidence that Mr. Papin blamed Ms. McGilvery, not Ms. Grandinetti, for his incarceration in early 1997.

55 There was, moreover, no evidence that Rick Papin knew of Connie Grandinetti's January 7, 1997 arrest. Although the appellant speculated that Mr. Papin might have been subject to arrest or interrogation as part of the same investigation that led to Ms. Grandinetti's arrest, there was no evidence that that ever happened.

56 The appellant argued in the alternative that Mr. Papin might have learned from Mr. Dominique that Connie Grandinetti was planning to provide information to Mr. Whitford exposing Mr. Papin as an informant. According to Mr. Whitford's evidence,

Qui plus est, l'incident est survenu plus d'un an avant le meurtre et, aux dires de M. Berlinguette, M^me^ Grandinetti n'avait plus jamais revu M. Papin. En fait, rien n'indique qu'il y ait eu contact entre Rick Papin et Connie Grandinetti après le 21 mars 1996.

L'appelant a également invoqué la possibilité que, soupçonnant Connie Grandinetti d'être une indicatrice, M. Papin ait craint qu'elle ne le dénonce à la police. Selon lui, M. Papin aurait pu apprendre qu'elle était indicatrice des policiers eux-mêmes puisqu'il était lui aussi indicateur ou du fait de sa participation à l'enquête ayant mené à l'arrestation de Connie Grandinetti en janvier 1997 pour vente de stupéfiants en 1996.

Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion de la juge du procès selon laquelle la preuve ne permettait pas raisonnablement d'inférer que M. Papin avait pu vouloir punir M^me^ Grandinetti ou l'empêcher de le dénoncer en l'assassinant. Au cours de son témoignage, l'agent Hartl, celui qui avait arrêté M^me^ Grandinetti, n'a jamais laissé entendre que quiconque avait été mis au courant de sa décision de devenir indicatrice. Il a cependant précisé qu'elle n'avait jamais donné de renseignements sur Rick Papin. Que la police ait pu trahir M^me^ Grandinetti en révélant à M. Papin qu'elle était indicatrice n'est qu'une hypothèse, rien de plus. En outre, selon une preuve non contredite, M. Papin tenait M^me^ McGilvery — et non M^me^ Grandinetti — pour responsable de son incarcération au début de 1997.

De plus, aucun élément n'établissait que Rick Papin était au courant de l'arrestation de Connie Grandinetti le 7 janvier 1997. L'appelant a émis l'hypothèse que M. Papin avait pu avoir été arrêté ou interrogé dans le cadre de l'enquête ayant mené à cette arrestation, mais aucun élément ne le prouvait.

L'appelant a soutenu subsidiairement que M. Papin avait pu apprendre de M. Dominique que Connie Grandinetti projetait de transmettre à M. Whitford des renseignements selon lesquels il était indicateur. M. Whitford a témoigné qu'il avait

he told Mr. Dominique about Connie Grandinetti's involvement in his plan. According to the appellant's submissions, this could lead to the inference that Mr. Dominique told Mr. Papin about it, especially since the two men had been close associates. According to the prison records, Mr. Dominique never visited Mr. Papin while he was incarcerated. There is no evidence as to whether the two ever spoke on the phone.

Mr. Dominique did not testify. Without his testimony, no direct evidence supports the theory advanced by the appellant. None of the evidence indicated that there was even any contact between Mr. Dominique and Mr. Papin while Mr. Papin was incarcerated at the Remand Centre in the months before Connie Grandinetti's death. There was also some evidence that Mr. Papin and Mr. Dominique had a falling out, namely the fact that Mr. Whitford was discussing exposing Mr. Papin's informant status with Mr. Dominique, something he was unlikely to do if Mr. Dominique was still Mr. Papin's "right-hand man".

The arguments amount to a chain of speculation joined by gossamer links. There was simply not enough evidence that Mr. Papin had a motive for killing Connie Grandinetti.

The opportunity evidence relied on by the appellant was that Mr. Papin was released from prison three days before Connie Grandinetti was killed. Standing alone, this evidence is palpably unprobative. As the trial judge found:

> There is no evidence that Rick Papin had the opportunity to commit the murder. There is no evidence that he had access to or contact with Connie Grandinetti when she was killed. Although the evidence establishes that he was not in custody, that fact alone, in my view, is not evidence of opportunity as that factor has been considered by the courts.

(Ruling (*voir dire*), Appellant's Record, at p. 71)

The fact that Mr. Papin was released from the Remand Centre on April 7, 1997 is an insufficient link between him and the murder on April 10, 1997.

informé M. Dominique du rôle joué par Connie Grandinetti dans son plan. En plaidoirie, l'appelant a fait valoir qu'on pouvait en déduire que M. Dominique en avait parlé à M. Papin, d'autant plus que les deux hommes avaient été de proches collaborateurs. Les registres du centre de détention provisoire révèlent que M. Dominique n'a jamais rendu visite à M. Papin. Aucun élément n'établit qu'ils se sont même parlé au téléphone.

57 M. Dominique n'a pas témoigné, de sorte qu'aucune preuve directe n'étaye la thèse de l'appelant. Aucun élément de preuve n'indiquait qu'il y avait eu contact entre MM. Dominique et Papin lorsque, quelques mois avant le décès de Connie Grandinetti, ce dernier avait été incarcéré au centre de détention provisoire. Certains éléments de preuve donnaient par ailleurs à penser que les deux hommes étaient en brouille, notamment le fait que M. Whitford avait parlé avec M. Dominique de révéler que M. Papin était un indicateur, ce qu'il n'aurait pas fait si M. Dominique avait encore été le « bras droit » de M. Papin.

58 L'argumentation de l'appelant se résume en fait à une suite d'hypothèses reliées entre elles par un fil ténu. La preuve du mobile de M. Papin n'était tout simplement pas suffisante.

59 La preuve avancée par l'appelant pour établir que M. Papin avait eu l'occasion d'assassiner Connie Grandinetti se résume à la libération de ce dernier trois jours avant le meurtre. À elle seule, cette preuve n'a manifestement aucune valeur probante. La juge du procès a conclu :

> [TRADUCTION] Rien ne prouve que Rick Papin a eu la possibilité de commettre le meurtre. Aucun élément n'établit qu'il a eu libre accès auprès de Connie Grandinetti au moment du meurtre ou qu'il a pu alors l'approcher. Même si, selon la preuve, il n'était pas sous garde, ce seul élément ne prouve pas qu'il a eu l'occasion de perpétrer le crime, compte tenu de la manière dont les tribunaux ont appliqué ce facteur.

(Décision (voir-dire), dossier de l'appelant, p. 71)

Le fait que M. Papin a été libéré du centre de détention provisoire le 7 avril 1997 établit un lien insuffisant entre lui et le meurtre du 10 avril 1997.

60 The appellant argues additionally that there is ample evidence of Rick Papin's bad character and propensity for violence. I agree. There was evidence that Rick Papin owned a gun, threatened his spouse verbally and physically, and had previously been jailed for assault. All of this evidence, however, is inadmissible in the absence of evidence connecting Mr. Papin and the murder.

61 I am therefore of the view that the trial judge made no error in excluding from the jury the theory that Rick Papin might have killed Ms. Grandinetti. The threat incident, which took place over a year before the murder, was not sufficiently connected to the murder. The two other possible motives were based on speculation, not evidence. The opportunity evidence was insufficient, and the propensity evidence was, standing alone, deficient because it lacked a sufficient link to the murder.

62 Accordingly, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Bascom, Fagan, Dunn, Calgary.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.

L'appelant fait en outre valoir que la preuve étaye amplement la mauvaise moralité de Rick Papin et sa propension à la violence. J'en conviens. La preuve établissait que Rick Papin possédait une arme à feu, qu'il avait menacé sa conjointe tant verbalement que physiquement et qu'il avait déjà été incarcéré pour voies de fait. Or, cette preuve n'est pas admissible à défaut d'un lien entre M. Papin et le meurtre.

Je suis donc d'avis que la juge du procès n'a commis aucune erreur en soustrayant à l'examen du jury la thèse selon laquelle Rick Papin avait pu avoir tué M^me^ Grandinetti. L'incident des menaces, survenu plus d'un an auparavant, n'était pas suffisamment lié au meurtre. Les deux autres mobiles possibles ne s'appuyaient pas sur la preuve, mais étaient purement hypothétiques. La preuve relative à l'occasion de commettre le crime était insuffisante, et celle relative à la propension était, à elle seule, irrecevable vu son lien insuffisant avec le meurtre.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Bascom, Fagan, Dunn, Calgary.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Theresa Marche and Gary Fitzgerald *Appellants*

v.

The Halifax Insurance Company *Respondent*

INDEXED AS: MARCHE *v.* HALIFAX INSURANCE CO.

Neutral citation: 2005 SCC 6.

File No.: 29754.

2004: November 2; 2005: February 24.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Insurance — Fire insurance — Statutory conditions — Material change to risk — Vacancy — Insured's property destroyed by fire — Insurer denying claim because insured failed to inform them of earlier vacancy — Statutory condition permitting avoidance of fire insurance contract if insurer not promptly notified of any change material to risk within control and knowledge of insured — Provision in insurance legislation giving court discretion to relieve insured from avoidance of fire insurance contract where stipulation, condition or warranty unjust or unreasonable — Whether relief provision applies to statutory conditions — Insurance Act, R.S.N.S. 1989, c. 231, s. 171, Sch. to Part VII, Statutory Condition 4.

The insured purchased a house, converted it to two apartments and left Cape Breton to find work in British Columbia. The house remained vacant for a period of time before a tenant moved in. It was subsequently destroyed by fire and the insurer denied the claim, noting that the insured had failed to inform them of the earlier vacancy. The insurer maintained that the vacancy amounted to a change material to the risk which invalidated coverage pursuant to Statutory Condition 4 of Part VII (Fire Insurance) of the *Insurance Act* (N.S.). The trial judge found that, assuming the insured had breached Statutory Condition 4 by not advising the insurer of the

Theresa Marche et Gary Fitzgerald *Appelants*

c.

La Compagnie d'Assurance Halifax *Intimée*

RÉPERTORIÉ : MARCHE *c.* CIE D'ASSURANCE HALIFAX

Référence neutre : 2005 CSC 6.

N° du greffe : 29754.

2004 : 2 novembre; 2005 : 24 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Assurance — Assurance-incendie — Conditions légales — Changement dans les circonstances constitutives du risque — Inoccupation — Destruction du bien des assurés dans un incendie — Refus d'indemnisation de la part de l'assureur au motif que les assurés ne l'ont pas informé d'une inoccupation antérieure — Condition légale permettant l'annulation du contrat d'assurance-incendie si l'assureur n'est pas promptement avisé d'un changement dans les circonstances constitutives du risque sur lequel l'assuré exerce un contrôle et dont il a connaissance — Disposition de la loi sur les assurances accordant au tribunal le pouvoir discrétionnaire de remédier à l'annulation du contrat d'assurance-incendie si la stipulation, la condition ou la garantie est injuste ou déraisonnable — La disposition d'exemption s'applique-t-elle aux conditions légales? — Insurance Act, R.S.N.S. 1989, ch. 231, art. 171, ann. de la partie VII, condition légale 4.

Les assurés ont fait l'acquisition d'une maison, l'ont convertie en deux appartements et ont quitté le Cap-Breton à la recherche de travail en Colombie-Britannique. La maison est restée vacante un certain temps avant l'emménagement d'un locataire. Elle a été par la suite détruite dans un incendie et l'assureur a refusé d'indemniser les assurés, faisant observer que ceux-ci ne l'avaient pas avisé d'une inoccupation antérieure. L'assureur soutient que cette inoccupation équivaut à un changement dans les circonstances constitutives du risque, lequel, selon la condition légale 4 de la partie VII (assurance-incendie) de l'*Insurance Act* (N.-É.) (la « Loi »), a pour effet

earlier vacancy, the insured should be relieved from the consequences of that breach under s. 171 of the Act, which states that a policy condition is not binding on the insured if a court holds it to be "unjust or unreasonable". The Court of Appeal reversed the decision on the ground that s. 171 did not apply to statutory conditions, but applied only to contractual conditions.

Held (Bastarache and Charron JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Major, Binnie, Deschamps and Fish JJ.: Section 171 of the *Insurance Act* applies to statutory conditions that are unreasonable or unjust in their application. First, s. 171's purpose is to provide relief from unjust or unreasonable insurance policy conditions and should be given a broad interpretation. Second, on its face, s. 171 appears to apply to both contractual and statutory conditions. The word "condition" in that section is not qualified by a restrictive adjective. Since statutory conditions are part of the insurance contract, they fall within the phrase "[w]here a contract . . . contains any . . . condition" that defines the application of s. 171. Furthermore, in light of the imprecise use of the word "condition" throughout the *Insurance Act*, a reading of the entire Act, including s. 33, does not support the contention that the word "condition" in s. 171 refers only to contractual conditions. Third, the precursor of s. 171 referred expressly to statutory conditions while the current version does not. The legislative history of s. 171 and the guiding rule of interpretation that legislative change is made for a purpose confirm that s. 171 was intended to apply to all conditions, statutory or otherwise. [13-27]

The expression "unjust or unreasonable" in s. 171 allows a court to look at the application of a statutory condition. While an insurance condition may on its face be reasonable and just, it may in its application be unreasonable and unjust. The expression "unjust or unreasonable" in relation to a condition means little unless it refers to the effects the condition may create. To hold that only the condition in the abstract must be unjust or unreasonable without regard to its effects when applied would not accord with the broad remedial purpose of s. 171 to protect the public against unjust or unreasonable insurance conditions. [30-35]

d'annuler la couverture d'assurance. D'après le juge de première instance, à supposer qu'ils aient violé la condition légale 4 en n'avisant pas l'assureur d'une inoccupation antérieure, les assurés devraient être dégagés des conséquences de cette violation selon l'art. 171 de la Loi, lequel dispose qu'une condition d'une police d'assurance ne lie pas l'assuré si le tribunal la juge « injuste ou déraisonnable ». La Cour d'appel a infirmé cette décision au motif que l'art. 171 s'applique non pas aux conditions légales, mais uniquement aux conditions contractuelles.

Arrêt (les juges Bastarache et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, Deschamps et Fish : L'article 171 de la Loi s'applique aux conditions légales qui sont déraisonnables ou injustes dans leur application. Premièrement, l'article 171 vise à remédier aux conditions injustes ou déraisonnables des polices d'assurance et devrait, de ce fait, recevoir une interprétation large. Deuxièmement, à première vue, il semble s'appliquer tant aux conditions contractuelles qu'aux conditions légales. Le terme « condition » dans cette disposition n'est pas qualifié par un adjectif restrictif. Étant donné que les conditions légales figurent dans le contrat d'assurance, elles sont englobées dans le membre de phrase [TRADUCTION] « [l]orsqu'un contrat [. . .] comporte [. . .] une condition », qui définit l'application de l'art. 171. De plus, vu l'emploi imprécis du terme « condition » dans toute la Loi, une lecture de l'ensemble de cette loi, notamment de l'art. 33, ne permet pas d'appuyer la prétention que le terme « condition » à l'art. 171 vise uniquement les conditions contractuelles. Troisièmement, la disposition qui a précédé l'art. 171 mentionne expressément les conditions légales, ce qui n'est pas le cas de la version actuelle. L'historique de l'art. 171 et le principe directeur en matière d'interprétation selon lequel tout changement législatif a un but confirment que l'art. 171 est censé s'appliquer à toutes les conditions, légales ou non. [13-27]

L'expression « injuste ou déraisonnable » à l'art. 171 permet au tribunal d'examiner l'application des conditions légales. Une condition d'assurance peut paraître à première vue raisonnable et juste, mais elle peut être déraisonnable et injuste dans son application. Les mots « injuste » et « déraisonnable » qualifiant une condition n'ont guère de sens à moins de se rapporter aux effets qu'elle peut créer. Conclure que seule la condition interprétée dans l'abstrait doit être injuste ou déraisonnable, sans égard aux incidences qui découlent de son application, serait incompatible avec le large objectif réparateur de l'art. 171 qui est de protéger le public contre des conditions d'assurance injustes ou déraisonnables. [30-35]

In light of the finding that s. 171 applies to statutory conditions, there is no reason to interfere with the trial judge's conclusion that if the insurance contract was void by reason of Statutory Condition 4, the court should relieve against that result under s. 171 on the ground that the vacancy had been rectified prior to the loss. [44]

Per Bastarache and Charron JJ. (dissenting): Section 171 of the *Insurance Act* does not apply to statutory conditions. An analysis of the immediate, broader and external contexts of s. 171 leads to that conclusion. [58-111]

A term or expression cannot be interpreted without taking the surrounding terms into account. In this case, while the word "condition" standing alone could potentially have a broader connotation, its association in s. 171 with the words "stipulation" and "warranty" narrows its scope. Since, under the *Insurance Act*, the concepts of "statutory" stipulation or "statutory" warranty do not exist, a stipulation or warranty is necessarily contractual. Consequently, the list should be limited to the common denominator of all the terms: the contract. [67] [70]

The broader context supports that interpretation. The purpose of the statutory conditions is to provide fairness to both the insured and the insurer. These conditions, taken as a whole, and their mandatory nature shows that the legislature intended to create an equitable scheme. Each condition is just and reasonable, as it is necessary to ensure the balance of the regime. The consequences of the application of a statutory condition in an individual case are not to be examined under s. 171, as they do not change the "just and reasonable" character of the condition. For the same statute to require on the one hand that statutory conditions be mandatory to assure fairness to both parties, but to allow on the other hand that the same conditions be avoided because they are unreasonable or unjust by virtue of s. 171 would defeat the purpose of the statutory conditions. Section 171 was enacted as a complement to the mandatory statutory conditions (s. 167) rather than as a curative provision applicable to such conditions. The scheme of Part VII of the *Insurance Act* can therefore only be interpreted as giving discretion to the courts to grant relief under s. 171 where a "contractual" condition is held to be unjust or unreasonable. This interpretation is consistent with s. 33 of Part II (Insurance Contracts in the Province) of the Act, which explicitly permits relief against forfeiture of insurance for imperfect compliance with a statutory condition. [77-94]

Compte tenu de la conclusion que l'art. 171 s'applique aux conditions légales, il n'y a aucune raison de modifier la décision du juge de première instance selon laquelle, si l'application de la condition légale 4 emporte nullité du contrat d'assurance, le tribunal devrait remédier à cette situation en appliquant l'art. 171, car le logement auparavant vacant ne l'était plus avant le sinistre. [44]

Les juges Bastarache et Charron (dissidents) : L'article 171 de la Loi ne s'applique pas aux conditions légales. Cette conclusion découle de l'analyse de ses contextes immédiat, général et externe. [58-111]

On ne peut pas prendre un terme ou une expression et les lire en faisant abstraction des termes voisins. En l'espèce, pris isolément, le mot « condition » pourrait avoir une connotation générale, mais son association avec les mots « stipulation » et « garantie » à l'art. 171 en limite le sens. Étant donné que, selon la Loi, les notions de stipulation « légale » ou de garantie « légale » n'existent pas, une stipulation ou une garantie sont nécessairement contractuelles. Par conséquent, la liste devrait être restreinte par le dénominateur commun de tous les termes : le contrat. [67] [70]

L'analyse du contexte général étaye cette interprétation. L'objet des conditions légales est d'assurer l'équité entre l'assuré et l'assureur. Les conditions légales, considérées comme un ensemble, et leur caractère obligatoire indiquent que l'intention du législateur est de créer un régime équitable. Chaque condition est juste et raisonnable dans la mesure où elle est nécessaire à l'équilibre du régime. Les effets de l'application des conditions légales dans des cas donnés ne peuvent être examinés sous le régime de l'art. 171, car ils ne changent pas le caractère « juste et raisonnable » de la condition. Une même loi ne peut pas, d'une part, prescrire que les conditions légales sont obligatoires pour assurer l'équité entre les deux parties et, d'autre part, permettre de les lever parce qu'elles sont déraisonnables ou injustes en application de l'art. 171, car cela irait à l'encontre de l'objet des conditions légales. L'article 171 a été adopté pour servir de complément aux conditions légales obligatoires (art. 167) et non de disposition remédiant à l'application de ces conditions. Par conséquent, la seule interprétation possible du régime établi dans la partie VII de la Loi est que celui-ci confère aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'accorder l'exemption prévue à l'art. 171 s'ils jugent injuste ou déraisonnable une condition « contractuelle ». Cette interprétation est compatible avec l'art. 33 de la partie II (contrats d'assurance dans la province) de la Loi, qui permet expressément de remédier à la déchéance de l'assurance résultant de l'observation imparfaite d'une condition légale. [77-94]

With respect to the external context, the legislative history of s. 171 clearly demonstrates that its predecessor sections have always targeted contractual provisions as opposed to statutory conditions. This is also evidenced by the legislative evolution of s. 33 which was in the past a companion to the provision under scrutiny. [98-110]

Finally, the alleged good intentions of the insured in this case cannot have any impact on the determination of the applicability of s. 171 to statutory conditions. Ignorance of the obligation to disclose or failure to appreciate its materiality will not excuse the insured. [117]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *Falk Bros. Industries Ltd. v. Elance Steel Fabricating Co.*, [1989] 2 S.C.R. 778; *Krupich v. Safeco Insurance Co. of America* (1985), 16 C.C.L.I. 18; *528852 Ontario Inc. v. Royal Insurance Co.* (2000), 51 O.R. (3d) 470; *Nahayowski v. Pearl Assurance Co.* (1964), 45 W.W.R. 662; *Kekarainen v. Oreland Movers Ltd.*, [1981] 3 W.W.R. 534; *Poast v. Royal Insurance Co. of Canada* (1983), 21 Man. R. (2d) 67; *Curtis's and Harvey Ltd. v. North British and Mercantile Insurance Co.* (1920), 55 D.L.R. 95; *Arcand v. Grenville Patron Mutual Fire Insurance Co.* (1923), 25 O.W.N. 175; *Henwood v. Prudential Insurance Co. of America*, [1967] S.C.R. 720.

By Bastarache J. (dissenting)

Stubart Investments Ltd. v. The Queen, [1984] 1 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724; *2747-3174 Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, 2004 SCC 6; *R. v. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Curtis's and Harvey Ltd. v. North British and Mercantile Insurance Co.* (1920), 55 D.L.R. 95; *City of London Fire Insurance Co. v. Smith* (1888), 15 S.C.R. 69; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R.

Pour ce qui est du contexte externe, l'historique de l'art. 171 montre clairement que les dispositions qui ont précédé cette disposition ont toujours visé les dispositions contractuelles plutôt que les conditions légales. C'est ce que révèle également l'analyse de l'évolution de l'art. 33, qui était par le passé connexe à la disposition à l'étude. [98-110]

Enfin, les bonnes intentions alléguées des assurés en l'espèce ne peuvent influer sur la détermination de l'applicabilité de l'art. 171 aux conditions légales. L'ignorance de l'obligation de divulguer ou le défaut d'en apprécier l'importance n'excusera pas l'assuré. [117]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Falk Bros. Industries Ltd. c. Elance Steel Fabricating Co.*, [1989] 2 R.C.S. 778; *Krupich c. Safeco Insurance Co. of America* (1985), 16 C.C.L.I. 18; *528852 Ontario Inc. c. Royal Insurance Co.* (2000), 51 O.R. (3d) 470; *Nahayowski c. Pearl Assurance Co.* (1964), 45 W.W.R. 662; *Kekarainen c. Oreland Movers Ltd.*, [1981] 3 W.W.R. 534; *Poast c. Royal Insurance Co. of Canada* (1983), 21 Man. R. (2d) 67; *Curtis's and Harvey Ltd. c. North British and Mercantile Insurance Co.* (1920), 55 D.L.R. 95; *Arcand c. Grenville Patron Mutual Fire Insurance Co.* (1923), 25 O.W.N. 175; *Henwood c. Prudential Insurance Co. of America*, [1967] R.C.S. 720.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Stubart Investments Ltd. c. La Reine, [1984] 1 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6; *R. c. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Curtis's and Harvey Ltd. c. North British and Mercantile Insurance Co.* (1920), 55 D.L.R. 95; *City of London Fire Insurance Co. c. Smith* (1888), 15 R.C.S. 69; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3

660; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *Falk Bros. Industries Ltd. v. Elance Steel Fabricating Co.*, [1989] 2 S.C.R. 778; *Hirst v. Commercial Union Assurance Co. of Canada* (1978), 8 B.C.L.R. 396, aff'd (1979), 70 B.C.L.R. (2d) 361; *Nahayowski v. Pearl Assurance Co.* (1964), 45 W.W.R. 662; *528852 Ontario Inc. v. Royal Insurance Co.* (2000), 51 O.R. (3d) 470; *Krupich v. Safeco Insurance Co. of America* (1985), 16 C.C.L.I. 18.

Statutes and Regulations Cited

Act to Amend Chapter 9 of the Acts of 1962, the Insurance Act, S.N.S. 1966, c. 79, s. 2.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64.
Fire Insurance Act, R.S.N.L. 1990, c. F-10, ss. 8, 11, Sch., para. 4.
Fire Insurance Act, S.N.S. 1956, c. 6, ss. 16, 19.
Fire Insurance Policies' Act, R.S.N.S. 1900, c. 147, ss. 6, 7.
Fire Insurance Policies' Act, R.S.N.S. 1923, c. 211, ss. 6, 7.
Fire Insurance Policy Act, R.S.N.S. 1954, c. 100, ss. 10, 11.
Fire Insurance Policy Act, S.N.S. 1899, c. 30, ss. 26, 27(1).
Fire Insurance Policy Act, 1930, S.N.S. 1930, c. 7, ss. 10, 11.
Insurance Act, R.S.A. 2000, c. I-3, ss. 549, 552(1).
Insurance Act, R.S.B.C. 1996, c. 226, ss. 126, 129.
Insurance Act, R.S.M. 1987, c. I40, ss. 142, 145.
Insurance Act, R.S.N.B. 1973, c. I-12, ss. 127, 130.
Insurance Act, R.S.N.S. 1967, c. 148, ss. 126, 129.
Insurance Act, R.S.N.S. 1989, c. 231, ss. 18, 21, 23, 32(1), 33, 159(1)(d), 163, 164, 166, 167(2), 169(3), 171, Sch. to Part VII, s. 4.
Insurance Act, R.S.N.W.T. 1988, c. I-4, ss. 64(2), 67.
Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, ss. 148, 151.
Insurance Act, R.S.P.E.I. 1988, c. I-4, ss. 114, 117.
Insurance Act, R.S.Y. 1986, c. 91, ss. 68, 71.
Insurance Act, S.N.S. 1962, c. 9, ss. 124, 127.
Interpretation Act, R.S.N.S. 1989, c. 235, s. 9(5).
Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, c. S-26, ss. 128, 131.

Authors Cited

Baer, Marvin G., and James A. Rendall. *Cases on the Canadian Law of Insurance*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

R.C.S. 437; *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *Falk Bros. Industries Ltd. c. Elance Steel Fabricating Co.*, [1989] 2 R.C.S. 778; *Hirst c. Commercial Union Assurance Co. of Canada* (1978), 8 B.C.L.R. 396, conf. par (1979), 70 B.C.L.R. (2d) 361; *Nahayowski c. Pearl Assurance Co.* (1964), 45 W.W.R. 662; *528852 Ontario Inc. c. Royal Insurance Co.* (2000), 51 O.R. (3d) 470; *Krupich c. Safeco Insurance Co. of America* (1985), 16 C.C.L.I. 18.

Lois et règlements cités

Act to Amend Chapter 9 of the Acts of 1962, the Insurance Act, S.N.S. 1966, ch. 79, art. 2.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64.
Fire Insurance Act, R.S.N.L. 1990, ch. F-10, art. 8, 11, ann., par. 4.
Fire Insurance Act, S.N.S. 1956, ch. 6, art. 16, 19.
Fire Insurance Policies' Act, R.S.N.S. 1900, ch. 147, art. 6, 7.
Fire Insurance Policies' Act, R.S.N.S. 1923, ch. 211, art. 6, 7.
Fire Insurance Policy Act, R.S.N.S. 1954, ch. 100, art. 10, 11.
Fire Insurance Policy Act, S.N.S. 1899, ch. 30, art. 26, 27(1).
Fire Insurance Policy Act, 1930, S.N.S. 1930, ch. 7, art. 10, 11.
Insurance Act, R.S.A. 2000, ch. I-3, art. 549, 552(1).
Insurance Act, R.S.B.C. 1996, ch. 226, art. 126, 129.
Insurance Act, R.S.N.S. 1967, ch. 148, art. 126, 129.
Insurance Act, R.S.N.S. 1989, ch. 231, art. 18, 21, 23, 32(1), 33, 159(1)d), 163, 164, 166, 167(2), 169(3), 171, ann. de la partie VII, art. 4.
Insurance Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. I-4, art. 114, 117.
Insurance Act, S.N.S. 1962, ch. 9, art. 124, 127.
Interpretation Act, R.S.N.S. 1989, ch. 235, art. 9(5).
Loi sur les assurances, L.R.M. 1987, ch. I40, art. 142, 145.
Loi sur les assurances, L.R.N.-B. 1973, ch. I-12, art. 127, 130.
Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 148, 151.
Loi sur les assurances, L.R.T.N.-O. 1988, ch. I-4, art. 64(2), 67.
Loi sur les assurances, L.R.Y. 1986, ch. 91, art. 68, 71.
Saskatchewan Insurance Act, R.S.S. 1978, ch. S-26, art. 128, 131.

Doctrine citée

Baer, Marvin G., and James A. Rendall. *Cases on the Canadian Law of Insurance*, 6th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.

Boivin, Denis. *Insurance Law*. Toronto: Irwin Law, 2004.
Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2004, release 3).
Brown, Craig, and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Graham, Randal N. *Statutory Interpretation: Theory and Practice*. Toronto: Emond Montgomery, 2001.
Ivamy, E. R. Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 6th ed. London: Butterworths, 1993.
Rendall, James A. Annotation to *Krupich v. Safeco Insurance Co. of America* (1985), 16 C.C.L.I. 18.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Glube C.J.N.S. and Oland and Hamilton JJ.A.) (2003), 214 N.S.R. (2d) 1, 47 C.C.L.I. (3d) 165, 671 A.P.R. 1, [2003] I.L.R. ¶I-4197, [2003] N.S.J. No. 121 (QL), 2003 NSCA 32, reversing a decision of MacAdam J. (2002), 202 N.S.R. (2d) 345, 632 A.P.R. 345, [2002] N.S.J. No. 157 (QL), 2002 NSSC 62. Appeal allowed, Bastarache and Charron JJ. dissenting.

Derrick J. Kimball, *Nash T. Brogan* and *H. Heidi Foshay Kimball*, for the appellants.

Scott C. Norton, *Q.C.*, and *Daniela Bassan*, for the respondent.

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

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

1 This is the sad case of a couple, Ms. Marche and Mr. Fitzgerald, who purchased the latter's family home, converted it to two apartments and, having left Cape Breton to find work in British Columbia, suffered the loss of the house through fire. They had insured the house with the Halifax Insurance

Boivin, Denis. *Insurance Law*. Toronto : Irwin Law, 2004.
Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2004, release 3).
Brown, Craig, and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1991.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Graham, Randal N. *Statutory Interpretation : Theory and Practice*. Toronto : Emond Montgomery, 2001.
Ivamy, E. R. Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 6th ed. London : Butterworths, 1993.
Rendall, James A. Annotation to *Krupich v. Safeco Insurance Co. of America* (1985), 16 C.C.L.I. 18.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (la juge en chef Glube et les juges Oland et Hamilton) (2003), 214 N.S.R. (2d) 1, 47 C.C.L.I. (3d) 165, 671 A.P.R. 1, [2003] I.L.R. ¶I-4197, [2003] N.S.J. No. 121 (QL), 2003 NSCA 32, qui a infirmé un jugement du juge MacAdam (2002), 202 N.S.R. (2d) 345, 632 A.P.R. 345, [2002] N.S.J. No. 157 (QL), 2002 NSSC 62. Pourvoi accueilli, les juges Bastarache et Charron sont dissidents.

Derrick J. Kimball, *Nash T. Brogan* et *H. Heidi Foshay Kimball*, pour les appelants.

Scott C. Norton, *c.r.*, et *Daniela Bassan*, pour l'intimée.

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

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Il s'agit de la triste affaire d'un couple, Mme Marche et M. Fitzgerald, qui a fait l'acquisition de la maison de famille de M. Fitzgerald, l'a convertie en deux appartements et, ayant quitté le Cap-Breton à la recherche de travail en Colombie-Britannique, l'a perdue dans un incendie. Ils l'avaient assurée

Company ("Halifax"). It denied their claim for the fire loss. Until shortly prior to the fire, the house was occupied. Halifax relied on an earlier vacancy which it said the owners should have advised them of under the policy, and claimed that this amounted to a change material to the risk which invalidated coverage pursuant to Statutory Condition 4.

The trial judge found that, assuming the owners had breached Statutory Condition 4 by not advising Halifax of the earlier vacancy, the owners should be relieved from the consequences of that breach under s. 171 of the Nova Scotia *Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 231, which states that a policy condition is not binding on the insured if a court holds it to be "unjust or unreasonable": (2002), 202 N.S.R. (2d) 345, 2002 NSSC 62. The Nova Scotia Court of Appeal reversed this decision on the ground that s. 171 did not apply to statutory conditions, but only to optional conditions in the policy: (2003), 214 N.S.R. (2d) 1, 2003 NSCA 32.

I conclude that s. 171 of the *Insurance Act* applies to statutory conditions, and that the trial judge's decision should be upheld.

II. Facts

There is no real dispute about the facts relevant to the appeal. It is clear that the owners left the house vacant when they left for British Columbia. They did not inform Halifax that the property was vacant and that they were looking for tenants for both flats. The property remained vacant between September and early December 1998, when Mr. Fitzgerald's brother, Danny, moved in. The rent not having been paid, Ms. Marche had the water to the property disconnected in mid-January 1999 and the electric power boxes removed at the end of January 1999. Although the intention was to induce Danny to move out, it was not established

auprès de La Compagnie d'Assurance Halifax (« Halifax »). Celle-ci a toutefois refusé de les indemniser pour le sinistre. Jusqu'à peu avant l'incendie, la maison était occupée. Cependant, invoquant une inoccupation antérieure dont, selon elle, les propriétaires auraient dû l'aviser en vertu de la police d'assurance, Halifax soutenait que cette inoccupation équivalait à un changement dans les circonstances constitutives du risque, lequel, selon la condition légale 4, a pour effet d'annuler la couverture d'assurance.

2 D'après le juge de première instance, à supposer qu'ils aient violé la condition légale 4 en n'avisant pas Halifax d'une inoccupation antérieure, les propriétaires devraient être dégagés des conséquences de cette violation selon l'art. 171 de l'*Insurance Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 231 (la « *Loi sur les assurances* »), lequel dispose qu'une condition d'une police d'assurance ne lie pas l'assuré si le tribunal la juge « injuste ou déraisonnable » : (2002), 202 N.S.R. (2d) 345, 2002 NSSC 62. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a infirmé cette décision au motif que l'art. 171 ne s'applique pas aux conditions légales, mais uniquement aux conditions facultatives de la police d'assurance : (2003), 214 N.S.R. (2d) 1, 2003 NSCA 32.

3 Je conclus que l'art. 171 de la *Loi sur les assurances* s'applique aux conditions légales et qu'il y a lieu de rétablir la décision du juge de première instance.

II. Les faits

4 Personne ne conteste vraiment les faits pertinents en l'espèce. Il est clair que les propriétaires ont laissé la maison inoccupée quand ils sont partis pour la Colombie-Britannique. Ils n'ont pas avisé Halifax que la propriété était vacante et qu'ils cherchaient des locataires pour les deux appartements. La propriété est demeurée vacante entre septembre et début décembre 1998, date de l'emménagement du frère de M. Fitzgerald, Danny. Le loyer étant en souffrance, M^me^ Marche a fait couper l'eau à la mi-janvier 1999 et enlever les boîtes électriques à la fin du même mois. Bien que l'intention ait été de faire partir Danny, il n'a pas été établi qu'il ait

that he did so. At the time of the fire on February 7, 1999, his possessions were still in the house.

5 In these circumstances, Halifax could not establish a vacancy at the time of loss. However, it denied liability under the contract of insurance on the ground that Ms. Marche and Mr. Fitzgerald had not advised them of the earlier vacancy, prior to Danny moving in, and that this constituted a change material to the risk that voided the policy.

III. Analysis

6 The insurer argued the insured had breached Statutory Condition 4 by not advising of their earlier vacancy. The trial judge, without finding breach, stated he would have granted relief in any event under s. 171 of the *Insurance Act*. The main issue in the case as argued was whether s. 171 applies to statutory conditions. If it does, the issues arise of whether there was a statutory breach and whether relief against it should be granted.

A. *Does Section 171 of the Insurance Act Apply to Statutory Condition 4?*

7 Section 171 of the Nova Scotia *Insurance Act* provides:

171 Where a contract

. . .

(b) contains any stipulation, condition or warranty that is or may be material to the risk including, but not restricted to, a provision in respect to the use, condition, location or maintenance of the insured property,

the exclusion, stipulation, condition or warranty shall not be binding upon the insured if it is held to be unjust or unreasonable by the court before which a question relating thereto is tried.

8 The dispute about whether s. 171 applies to statutory conditions masks a deeper question: what does

déménagé. Le jour de l'incendie, le 7 février 1999, ses effets personnels se trouvaient toujours dans la maison.

Dans ces circonstances, Halifax n'a pu établir l'inoccupation au moment du sinistre. Elle a cependant refusé toute indemnisation sous le régime du contrat d'assurance au motif que M^me^ Marche et M. Fitzgerald ne l'avaient pas avisée d'une inoccupation antérieure, soit avant l'emménagement de Danny, et que cette inoccupation représentait un changement dans les circonstances constitutives du risque, lequel a entraîné la nullité de la police d'assurance.

III. Analyse

L'assureur a fait valoir que les assurés avaient violé la condition légale 4 en ne l'avisant pas d'une inoccupation antérieure. Le juge de première instance, sans conclure à une violation, a indiqué qu'il aurait de toute façon accordé l'exemption prévue à l'art. 171 de la *Loi sur les assurances*. La question fondamentale en l'espèce, comme on l'a fait valoir, est de savoir si l'art. 171 s'applique aux conditions légales. Dans l'affirmative, il s'agit de savoir s'il y a eu violation de la loi et s'il y a lieu d'accorder l'exemption.

A. *L'article 171 de la Loi sur les assurances s'applique-t-il à la condition légale 4?*

Le texte de l'art. 171 de la *Loi sur les assurances* de la Nouvelle-Écosse prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

171 Lorsqu'un contrat :

. . .

b) ou bien comporte une stipulation, une condition ou une garantie qui est ou peut être importante dans l'appréciation du risque, notamment une disposition relative à l'usage, à l'état, à l'emplacement ou à l'entretien du bien assuré,

l'assuré n'est pas lié par l'exclusion, la stipulation, la condition ou la garantie en cause si elle est jugée injuste ou déraisonnable par le tribunal saisi d'une question y afférente.

Le litige sur la question de savoir si l'art. 171 s'applique aux conditions légales masque une question

it mean to say that s. 171 applies, or does not apply, to a statutory condition?

For some, the question is whether s. 171 of the *Insurance Act* could be used to amend the contract and delete conditions that form part of every policy as a matter of law. Put that way, the question compels a negative answer: the legislature could hardly have intended to empower trial judges to declare unreasonable on their face conditions that the legislature has made mandatory for all contracts of insurance.

For others, the question is whether s. 171 applies not only to delete conditions that are unreasonable on their face (should there be any), but also to relieve against the results of applying conditions that, in the particular circumstances of the case, are unreasonable in their application or draconian in their consequences. Framed in these terms, the question takes on an entirely different complexion — which I find more attractive because it avoids an inequitable result otherwise inescapable.

The wording of s. 171 permits the issue to be characterized either way, but the second, in my view, better corresponds with the remedial objectives of the provision.

It follows that the essential question is whether s. 171 applies to statutory conditions that are unreasonable or unjust in their application. For the reasons that follow, I conclude that it does.

(1) Arguments for the Application of Section 171 to Relieve Against the Unreasonable or Unjust Application of Statutory Conditions

(a) *Section 171 Is Remedial and Should Be Given a Broad Interpretation*

In *Falk Bros. Industries Ltd. v. Elance Steel Fabricating Co.*, [1989] 2 S.C.R. 778, this Court held that the relief against forfeiture provision of the *Saskatchewan Insurance Act*, R.S.S. 1978, c. S-26, s. 109, was not confined to "statutory conditions" and could include "contractual conditions" even though

plus profonde : que veut-on dire lorsqu'on affirme que l'art. 171 s'applique ou ne s'applique pas à une condition légale?

9 Pour certains, il s'agit de savoir si l'art. 171 de la *Loi sur les assurances* pourrait servir à modifier le contrat et à supprimer des conditions qui, de par la loi, font partie intégrante de toute police d'assurance. Vue dans cette optique, la question commande une réponse négative. En effet, le législateur ne peut vraiment pas avoir voulu conférer aux juges de première instance le pouvoir de déclarer déraisonnables à première vue les conditions qu'il a rendues obligatoires dans tous les contrats d'assurance.

10 Pour d'autres, il s'agit de savoir si l'art. 171 vise non seulement à supprimer des conditions qui sont à première vue déraisonnables (s'il en est), mais aussi à remédier aux effets de l'application des conditions qui, selon les circonstances de l'affaire, sont déraisonnables dans leur application ou draconiennes dans leurs effets. Vue sous cet angle, la question prend une tout autre couleur; à mon avis, c'est un aspect plus intéressant, car on évite ainsi un résultat injuste qui autrement serait inéluctable.

11 Le libellé de l'art. 171 permet de voir la question dans les deux optiques. Toutefois, à mon sens, la seconde correspond davantage aux objectifs réparateurs de la disposition.

12 Par conséquent, il s'agit essentiellement de savoir si l'art. 171 s'applique aux conditions légales qui sont déraisonnables ou injustes dans leur application. Pour les raisons qui suivent, je conclus par l'affirmative.

(1) Arguments en faveur de l'application de l'art. 171 pour lever les conditions légales déraisonnables ou injustes

a) *L'article 171 apporte une solution de droit et devrait recevoir une interprétation large*

13 Dans *Falk Bros. Industries Ltd. c. Elance Steel Fabricating Co.*, [1989] 2 R.C.S. 778, la Cour a statué que la disposition sur la levée de la déchéance, l'art. 109 de la *Saskatchewan Insurance Act*, R.S.S. 1978, ch. S-26, ne se limitait pas aux « conditions légales » et qu'elle pouvait s'appliquer aux

the provision explicitly referred to "statutory conditions". One of the key reasons was that the provision had a remedial purpose and should be interpreted broadly. Similarly, in this case, s. 171's purpose is to provide relief from unjust or unreasonable insurance policy conditions and should be given a broad interpretation. This approach to interpretation is supported by s. 9(5) of the Nova Scotia *Interpretation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 235, which states that "[e]very enactment shall be deemed remedial and interpreted to insure the attainment of its objects . . .".

« conditions contractuelles », même s'il est fait expressément mention de « conditions légales » dans la disposition. L'une des principales raisons tient au fait que la disposition apporte une solution de droit et qu'elle devrait être interprétée de manière large. De même, en l'espèce, l'art. 171 vise à remédier aux conditions injustes ou déraisonnables des polices d'assurance et devrait, de ce fait, recevoir une interprétation large. Cette méthode d'interprétation est étayée par le par. 9(5) de l'*Interpretation Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 235, qui dispose que [TRADUCTION] « [c]haque disposition est censée apporter une solution de droit et s'interpréter de manière à assurer la réalisation de ses objectifs . . . ».

(b) *The Wording of Section 171 Is Broad Enough to Cover Statutory Conditions*

b) *Le libellé de l'art. 171 est suffisamment large pour englober les conditions légales*

14 Statutory Condition 4 is a term of the contract and hence falls within the phrase "[w]here a contract . . . contains any . . . condition" that defines the application of s. 171. "Condition" is not qualified by a restrictive adjective. Thus on its face, s. 171 appears to apply to both negotiated and statutory conditions.

La condition légale 4, étant une clause du contrat, est visée par le membre de phrase [TRADUCTION] « [l]orsqu'un contrat [. . .] comporte [. . .] une condition », qui circonscrit l'application de l'art. 171. Le terme « condition » n'est pas qualifié par un adjectif restrictif. Par conséquent, l'art. 171 semble à première vue s'appliquer tant aux conditions négociées qu'aux conditions légales.

15 Including statutory conditions within the term "condition" in s. 171 may accord with the presumption in favour of the ordinary, non-technical meaning: R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 41. There is no automatic inference that the term "condition" excludes "statutory conditions"; thus the text of the legislation supports this interpretation.

L'inclusion des conditions légales dans le terme « condition » à l'art. 171 peut être compatible avec la présomption en faveur du sens ordinaire et non technique du terme : R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 41. Rien ne permet d'inférer automatiquement que le terme « condition » exclut les « conditions légales »; le libellé de la loi confirme donc la validité de cette interprétation.

16 The insurer raises several arguments against this "plain reading" argument. None are convincing.

L'assureur soulève plusieurs arguments à l'encontre de la thèse de l'interprétation selon le « sens ordinaire » du terme. Aucun n'est convaincant.

17 First, the insurer argues that since statutory conditions are mandatory, the phrase in s. 171 "[w]here a contract . . . contains" implies that the condition must be contractual since a contract must contain a statutory condition. However, this phrase is equally consistent with the intention to cover both mandatory statutory conditions as well as optional

Premièrement, l'assureur soutient que, les conditions légales étant obligatoires, le membre de phrase « [l]orsqu'un contrat [. . .] comporte » à l'art. 171 implique que la condition est nécessairement de nature contractuelle puisqu'un contrat doit comporter une condition légale. Cependant, ce membre de phrase est également compatible avec

warranties, conditions and stipulations. Since statutory conditions are contained in the insurance contract, "[w]here a contract . . . contains" can be read as including these conditions.

Second, the insurer points to the grouping together of the terms "stipulation, condition or warranty", and the absence of such a thing as a "statutory stipulation" or "statutory warranty". This, it submits, implies that the condition referred to is a contractual condition: respondent's factum, at para. 30. However, it is clear from reading the whole *Insurance Act* that there is little precision in the use of the term "condition". Statutory conditions refer to themselves as "conditions": e.g., *Insurance Act*, s. 167(2) (see Appendix A). "Statutory conditions" are also referred to throughout the *Insurance Act* as "mandatory conditions": e.g., s. 159(1)(d). The fact that the term "condition" may include "statutory conditions" is reinforced by s. 32(1) which specifies "a condition, statutory or otherwise" and s. 169(3) which refers to "any contract condition": *Insurance Act*. Thus a reading of the entire Act fails to support the insurer's contention.

Third, the insurer argues that the only other relief provision potentially applicable to fire insurance contracts in the *Insurance Act*, s. 33 "relie[f] against forfeiture" (which it is agreed does not apply here), explicitly refers to statutory conditions, whereas s. 171 does not. The explicit reference to statutory conditions reinforces that s. 33 alone applies to statutory conditions, and s. 171 only applies to optional contractual provisions. This conclusion, however, is of limited relevance given the different legislative histories and objects of the two provisions, the broad interpretation of "statutory conditions" in *Falk Bros.*, and the generally imprecise use of the term "condition" throughout the *Insurance Act*.

l'intention d'englober tant les conditions légales, qui sont obligatoires, que les garanties, conditions et stipulations facultatives. Étant donné que les conditions légales figurent dans le contrat d'assurance, le membre de phrase « [l]orsqu'un contrat [. . .] comporte » peut s'interpréter comme s'il les englobait.

18 Deuxièmement, l'assureur souligne que dans [TRADUCTION] « une stipulation, une condition ou une garantie », les termes sont regroupés et qu'il n'est pas question de « stipulation légale » ou « garantie légale ». Il s'ensuit de là, selon lui, que la condition en question est de nature contractuelle : mémoire de l'intimée, par. 30. Cependant, il ressort clairement de la lecture de l'ensemble de la *Loi sur les assurances* que l'emploi du terme « condition » donne peu de précisions. Les conditions légales sont désignées comme étant des « conditions » : p. ex., le par. 167(2) de la *Loi sur les assurances* (voir annexe A). Dans toute cette loi, les « conditions légales » sont aussi dites « conditions obligatoires » : p. ex., l'al. 159(1)d). Le fait que le terme « condition » puisse englober les « conditions légales » est renforcé par le p. 32(1), qui précise « condition légale ou autre », et par le par. 169(3), qui mentionne « condition contractuelle » : *Loi sur les assurances*. Ainsi, une lecture de l'ensemble de la loi ne permet pas d'appuyer la prétention de l'assureur.

19 Troisièmement, l'assureur fait valoir que la seule autre disposition d'exemption de la *Loi sur les assurances* qui pourrait s'appliquer aux contrats d'assurance-incendie, soit l'art. 33 « lev[ée] de la déchéance » (dont il est convenu qu'elle ne s'applique pas en l'espèce), mentionne expressément les conditions légales alors que ce n'est pas le cas de l'art. 171. Cette mention expresse des conditions légales renforce la thèse que seul l'art. 33 s'applique aux conditions légales et que l'art. 171 ne vise que les dispositions contractuelles facultatives. Cette conclusion n'a toutefois qu'une pertinence limitée compte tenu du fait que l'historique et l'objectif des deux dispositions sont différents, de l'interprétation large consacrée au terme « conditions légales » dans *Falk Bros.* et de l'emploi généralement imprécis du terme « condition » dans l'ensemble de la *Loi sur les assurances*.

20 In summary, the wording of s. 171 includes statutory conditions.

(c) *The History of Section 171*

21 The Nova Scotia *Interpretation Act*, s. 9(5)(g), advocates considering the "history of legislation on the subject" as an aid to interpreting legislation. This is buttressed by the guiding rule of interpretation that legislative change is made for a purpose.

22 The precursor of s. 171 referred expressly to statutory conditions. It read:

> **11** Where the rate of premium is affected or modified by the user, condition, location or maintenance of the insured property, the policy may contain a clause not inconsistent with any statutory condition setting forth any stipulation in respect of such user, condition, location or maintenance, and such clause shall not be deemed a variation of any statutory condition. Such clause shall be binding on the insured only in so far as it is held by the court before which a question relating thereto is tried to be just and reasonable.

(*Fire Insurance Policy Act*, R.S.N.S. 1954, c. 100, previously S.N.S. 1930, c. 7)

23 This provision (and its predecessors) permitted optional, non-statutory, conditions not inconsistent with statutory conditions, and held they were binding if the court found them to be "just and reasonable". The court could relieve, but only against optional, non-statutory, conditions.

24 In 1956, the legislature replaced s. 11 with what is now the present s. 171, which makes no distinction between statutory conditions and optional conditions, and provides that the court can relieve against conditions generally if it finds them "unjust or unreasonable". See *Fire Insurance Act*, S.N.S. 1956, c. 6.

25 Thus prior to 1956, the legislature clearly stated that courts could not relieve against statutory

En résumé, le libellé de l'art. 171 englobe les conditions légales.

c) *L'historique de l'art. 171*

L'alinéa 9(5)g) de l'*Interpretation Act* de la Nouvelle-Écosse préconise la prise en compte de [TRADUCTION] « l'historique de la législation sur la question » comme outil d'interprétation des lois. Cet énoncé est renforcé par le principe directeur en matière d'interprétation qui veut que tout changement législatif ait un but.

La disposition qui a précédé l'art. 171 mentionne expressément les conditions légales :

> [TRADUCTION]
>
> **11** Lorsque le taux de la prime varie selon l'utilisateur, l'état, l'emplacement ou l'entretien du bien assuré, la police peut contenir une clause non incompatible avec une condition légale énonçant toute stipulation relative à cet utilisateur, état, emplacement ou entretien, et pareille clause n'est pas réputée modifier quelque condition légale que ce soit. Cette clause ne lie l'assuré que dans la mesure où le tribunal saisi d'une question y afférente juge la clause juste et raisonnable.

(*Fire Insurance Policy Act*, R.S.N.S. 1954, ch. 100, antérieurement S.N.S. 1930, ch. 7)

Cette disposition (et celles qui l'ont précédée) a permis le maintien des conditions facultatives, non prévues par la loi, qui ne présentaient pas d'incompatibilité avec les conditions légales, et leur assurait un caractère exécutoire si le tribunal les jugeait « justes et raisonnables ». Le tribunal pouvait accorder l'exemption, mais uniquement à l'égard des conditions facultatives, non prévues par la loi.

En 1956, la législature a remplacé l'art. 11 par l'actuel art. 171, qui n'établit aucune distinction entre les conditions légales et les conditions facultatives et qui prévoit que le tribunal peut lever les conditions en général s'il les juge « injustes ou déraisonnables ». Voir *Fire Insurance Act*, S.N.S. 1956, ch. 6.

Ainsi, avant 1956, la législature a clairement indiqué que les tribunaux ne pouvaient lever les

conditions. In 1956, the legislature stated that courts could relieve against conditions generally. The guiding rule of interpretation, as mentioned, is that legislative change is made for a purpose. This confirms that s. 171 was intended to apply to all conditions, statutory or otherwise.

In effect, the insurer argues that we should proceed as if the law had not been changed in 1956, and read as it did prior to that date. To do so runs counter to accepted canons of interpretation.

Far from supporting the insurer's position, the history of s. 171 demonstrates that it was intended to apply to statutory conditions.

(d) *Jurisprudence*

The cases that have considered whether s. 171 (or its equivalent) applies to statutory conditions have concluded that it does: *Krupich v. Safeco Insurance Co. of America* (1985), 16 C.C.L.I. 18 (Alta. Q.B.), at p. 27; *528852 Ontario Inc. v. Royal Insurance Co.* (2000), 51 O.R. (3d) 470 (S.C.J.), at para. 24 (it distinguishes its facts from *Krupich* on other grounds). To date courts have not adopted the interpretation of s. 171 submitted by the respondent insurer. Despite these decisions, legislatures have not acted to alter the wording. This has significance: *Falk Bros.*

In sum, while the cases are few, there is no decision other than the N.S. Court of Appeal decision appealed in this case that finds that s. 171 (or its equivalent) does not apply to statutory conditions. The cases cited by the insurer claiming that courts have decided that s. 171 does not apply to statutory conditions have not in fact decided that point: e.g., *Nahayowski v. Pearl Assurance Co.* (1964), 45 W.W.R. 662 (Alta. S.C.); *Kekarainen v. Oreland Movers Ltd.*, [1981] 3 W.W.R. 534 (Man. Q.B.); *Poast v. Royal Insurance Co. of Canada* (1983), 21 Man. R. (2d) 67 (Q.B.).

conditions légales. En 1956, elle a précisé qu'ils pouvaient lever les conditions en général. Je le répète, le principe directeur en matière d'interprétation veut que tout changement législatif ait un but. Cela confirme que l'art. 171 est censé s'appliquer à toutes les conditions, légales ou non.

26 En fait, selon l'assureur, nous devrions procéder comme si la loi n'avait pas été modifiée en 1956 et l'interpréter comme auparavant. Agir ainsi va à l'encontre des règles d'interprétation reconnues.

27 Loin d'appuyer la thèse de l'assureur, l'historique de l'art. 171 démontre que cette disposition est destinée à s'appliquer aux conditions légales.

d) *La jurisprudence*

28 Dans les affaires portant sur la question de savoir si l'art. 171 (ou son équivalent) s'applique aux conditions légales, le tribunal a conclu par l'affirmative : *Krupich c. Safeco Insurance Co. of America* (1985), 16 C.C.L.I. 18 (B.R. Alb.), p. 27; *528852 Ontario Inc. c. Royal Insurance Co.* (2000), 51 O.R. (3d) 470 (C.S.J.), par. 24 (distinction faite d'avec les faits de la cause *Krupich* pour d'autres motifs). Jusqu'à présent, les tribunaux n'ont pas adopté l'interprétation préconisée par l'assureur intimé pour l'art. 171. Malgré ces décisions, les législatures n'ont pris aucune mesure pour modifier le libellé. Cela est révélateur : *Falk Bros.*

29 Bref, parmi les rares décisions rendues sur la question, seule celle de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, qui est portée en appel en l'espèce, confirme que l'art. 171 (ou son équivalent) ne s'applique pas aux conditions légales. Dans les décisions judiciaires invoquées par l'assureur à l'appui de sa thèse que, selon les tribunaux, l'art. 171 ne s'applique pas aux conditions légales, ceux-ci ne se sont en fait pas prononcés sur ce point : p. ex., *Nahayowski c. Pearl Assurance Co.* (1964), 45 W.W.R. 662 (C.S. Alb.); *Kekarainen c. Oreland Movers Ltd.*, [1981] 3 W.W.R. 534 (B.R. Man.); *Poast c. Royal Insurance Co. of Canada* (1983), 21 Man. R. (2d) 67 (B.R.).

(2) Arguments Against the Application of Section 171 to Relieve Against the Unreasonable or Unjust Application of Statutory Conditions

30 The insurer's arguments on the wording of s. 171, its history and the case law have been dealt with in the foregoing section. It remains to consider the insurer's strongest argument — that statutory conditions by definition cannot be unreasonable or unjust and that hence s. 171 cannot apply to them.

31 The insurer asserts that the purpose of statutory conditions is remedial and intended to enhance, as opposed to restrict, the rights of the insured. Therefore, the statutory conditions are, by definition, "just and reasonable", and s. 171 cannot apply: Court of Appeal decision, at paras. 53-54; *Curtis's and Harvey Ltd. v. North British and Mercantile Insurance Co.* (1920), 55 D.L.R. 95 (P.C.), at p. 99, supported by Professor J. A. Rendall in a critical annotation to *Krupich v. Safeco Insurance Co. of America* (1985), 16 C.C.L.I. 18, at p. 19.

32 This argument ignores the fact that an insurance condition may on its face be reasonable and just but in its application be unreasonable and unjust. For example, whether a change is "material to the risk" is a highly charged, fact-based question whose strict application may be unjust or unreasonable in the particular factual circumstances of a case. In this respect, C. Brown and J. Menezes conclude that "[o]ne basic statement of approach to the question of what is unjust or unreasonable, and which has appeared to have remained constant over the years, is that the question is to be determined on the facts in dispute in a particular case and not on purely abstract general terms": *Insurance Law in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 190.

33 The concrete approach enunciated by Brown and Menezes is required by the words of the section itself. As discussed earlier, the legislature could hardly be intended to mandate clauses that are unjust on their face. The words "unjust" and "unreasonable" in relation to a condition mean little unless

(2) Arguments à l'encontre de l'application de l'art. 171 pour lever les conditions légales déraisonnables ou injustes

Après avoir traité des arguments de l'assureur au sujet du libellé de l'art. 171, de son historique et de la jurisprudence en la matière, je vais maintenant examiner son argument le plus solide : par définition, les conditions légales ne peuvent être déraisonnables ni injustes et ne peuvent donc être visées par l'art. 171.

L'assureur prétend que les conditions légales visent à apporter une solution de droit et à renforcer les droits de l'assuré plutôt qu'à les restreindre. Elles sont donc, par définition, « justes et raisonnables », et l'art. 171 ne peut s'appliquer à leur égard : décision de la Cour d'appel, par. 53-54; *Curtis's and Harvey Ltd. c. North British and Mercantile Insurance Co.* (1920), 55 D.L.R. 95 (C.P.), p. 99, à laquelle souscrit le professeur J. A. Rendall dans ses notes critiques relatives à *Krupich c. Safeco Insurance Co. of America* (1985), 16 C.C.L.I. 18, p. 19.

Cet argument ne tient pas compte du fait qu'une condition d'assurance peut paraître à première vue raisonnable et juste, mais qu'elle peut être déraisonnable et injuste dans son application. À titre d'exemple, la question de savoir si un changement est « important dans l'appréciation du risque » est extrêmement complexe et tributaire des faits, et l'application rigoureuse peut se révéler injuste ou déraisonnable d'après les circonstances particulières de l'affaire. À cet égard, les auteurs C. Brown et J. Menezes concluent : [TRADUCTION] « [u]ne façon fondamentale — et apparemment inchangée au fil des ans — d'aborder la question de savoir ce qui est injuste ou déraisonnable consiste à statuer d'après les faits et non en des termes généraux tout à fait abstraits » : *Insurance Law in Canada* (2e éd. 1991), p. 190.

La méthode concrète énoncée par Brown et Menezes s'impose de par le libellé de l'article même. Comme nous l'avons déjà mentionné, on ne peut vraiment pas prêter au législateur l'intention de prescrire des clauses qui sont injustes à première vue. Les mots « injuste » et « déraisonnable »

they refer to the effects the condition may create. For this reason few clauses in an insurance contract, viewed merely on their face without regard to their effect, could likely be called unjust or unreasonable. The question of how the clause will work when applied cannot be avoided, if we are to make sense of s. 171.

Finally, the principle enunciated by Brown and Menezes that "unjust or unreasonable" must be determined on the facts of particular cases and not in the abstract reflects the remedial purpose of s. 171. To hold that only the condition in the abstract must be unjust or unreasonable without regard to its effects when applied would not accord with the broad remedial purpose of the provision to protect the public against unjust or unreasonable insurance conditions.

Clearly "unjust or unreasonable" in s. 171 allows the Court to look at the application of the clause. It is not suggested that this would not be the case for optional, non-statutory, conditions. If this be so, there is no basis for arguing that when it comes to statutory conditions one must look only at the condition abstracted from the effects of its application. If one considers consequences, the argument that statutory conditions can by definition never be unjust or unreasonable vanishes. At this point the insurer's main argument — that s. 171 cannot apply because statutory conditions must always be just and reasonable — collapses.

(3) Conclusion on the Application of Section 171 to Statutory Conditions

The remedial purpose of s. 171, its wording, its legislative history and the jurisprudence support the conclusion that s. 171 applies to statutory conditions. The opposing arguments fail to displace these considerations. I conclude that s. 171 applies to Statutory Condition 4. Where their application produces unjust or unreasonable results, the Court can grant relief under s. 171.

qualifiant une condition n'ont guère de sens à moins de se rapporter aux effets qu'elle peut créer. C'est pour cette raison qu'à première vue, sans égard aux effets qui en découlent, peu de clauses de contrat d'assurance pourraient vraisemblablement être qualifiées d'injustes ou de déraisonnables. Pour comprendre l'art. 171, il faut se demander quelles sont les incidences de l'application de la clause.

34 Enfin, le principe énoncé par Brown et Menezes qu'il faut apprécier l'expression « injuste ou déraisonnable » au cas par cas et non dans l'abstrait reflète l'objet réparateur de l'art. 171. Conclure que seule la condition interprétée dans l'abstrait doit être injuste ou déraisonnable, sans égard aux incidences qui découlent de son application, serait incompatible avec le large objectif réparateur de la disposition qui est de protéger le public contre des conditions d'assurance injustes ou déraisonnables.

35 L'expression « injuste ou déraisonnable » à l'art. 171 permet à la Cour d'examiner l'application de la clause. On ne prétend pas qu'il en soit autrement des conditions facultatives, non prévues par la loi. Si c'était le cas, il n'existerait aucun fondement à la thèse qu'en ce qui concerne les conditions légales, l'examen ne s'attache qu'à la condition sans égard aux conséquences de son application. Si l'on prend en compte les conséquences, l'argument que, par définition, les conditions légales ne peuvent jamais être injustes ou déraisonnables ne tient pas. C'est à cette étape qu'échoue le principal argument de l'assureur, à savoir que l'art. 171 ne peut s'appliquer, car les conditions légales doivent toujours être justes et raisonnables.

(3) Conclusion sur l'application de l'art. 171 aux conditions légales

36 D'après l'objectif réparateur de l'art. 171, son libellé, son historique et la jurisprudence, on peut conclure que l'art. 171 s'applique aux conditions légales. Les arguments en sens contraire ne réussissent pas à écarter ces considérations. Je conclus que l'art. 171 s'applique à la condition légale 4. Si l'application des conditions entraîne des résultats injustes ou déraisonnables, la Cour peut accorder l'exemption prévue à l'art. 171.

B. *Did the Trial Judge Err in Relieving Against the Statutory Condition?*

(1) Is Avoidance of the Policy Under Statutory Condition 4 Established?

37 Here we face a difficulty. The trial judge did not find that there was a change material to the risk that breached Statutory Condition 4. He simply stated:

> To the extent the vacancy may have avoided the policy, I am satisfied it would be both unjust and unreasonable to give effect to the exclusion of coverage by reason of the non-occupancy, in view of the circumstance the Property was later occupied until shortly before the fire and at the time of the loss there was no breach of the statutory condition. [para. 63]

38 Oland J.A. at the Court of Appeal concluded, however, that Halifax had shown that the vacancy was a change material to the risk within the meaning of Statutory Condition 4, which obliged the insured to advise their insurer that the property was vacant. Noting that the insured failed to notify their insurer and concluding that subsequent compliance could not cure the material change in risk, Oland J.A. held that the contract was avoided from the time of that breach.

39 Statutory Condition 4 provides:

SCHEDULE TO PART VII

STATUTORY CONDITIONS

4 *Material change* — Any change material to the risk and within the control and knowledge of the insured shall avoid the contract as to the part affected thereby, unless the change is promptly notified in writing to the insurer or its local agent; and the insurer when so notified may return the unearned portion, if any, of the premium paid and cancel the contract, or may notify the insured in writing that, if he desires the contract to continue in force, he must, within fifteen days of the receipt of the notice, pay to the insurer an additional premium; and in default of such payment the contract shall no longer be in force and

B. *Le juge de première instance a-t-il fait erreur en levant la condition légale?*

(1) La nullité de la police d'assurance selon la condition légale 4 est-elle établie?

Nous sommes confrontés ici à une difficulté. Selon le juge de première instance, il n'y a pas eu de changement dans les circonstances constitutives du risque qui représente une violation de la condition légale 4. Il a simplement déclaré :

> [TRADUCTION] Dans la mesure où l'inoccupation a pu être une cause de nullité de la police d'assurance, je suis convaincu qu'il serait à la fois injuste et déraisonnable de donner effet à l'exclusion de la couverture d'assurance pour cause d'inoccupation, étant donné que la maison a été occupée par la suite jusqu'à peu avant l'incendie et qu'il n'y avait aucune violation de loi au moment du sinistre. [par. 63]

La juge Oland, de la Cour d'appel, a cependant conclu que Halifax avait démontré que l'inoccupation représentait un changement dans les circonstances constitutives du risque au sens de la condition légale 4 et que, de ce fait, les assurés étaient tenus d'aviser leur assureur de l'inoccupation. La juge Oland, notant qu'ils n'ont pas avisé leur assureur et jugeant que l'observation subséquente de la condition ne permettait pas de remédier au changement dans les circonstances constitutives du risque, a conclu que le contrat devenait nul dès la date de la violation.

Voici le texte de la condition légale 4 :

[TRADUCTION]

ANNEXE DE LA PARTIE VII

CONDITIONS LÉGALES

4 *Changement important* — Un changement dans les circonstances constitutives du risque sur lequel l'assuré exerce un contrôle et dont il a connaissance est une cause de nullité de la partie du contrat ainsi touchée, à moins qu'un avis de ce changement ne soit promptement donné par écrit à l'assureur ou à son agent local. L'assureur ainsi avisé peut rembourser, le cas échéant, la part non acquise de la prime versée et résilier le contrat, ou aviser par écrit l'assuré que, s'il désire que le contrat demeure en vigueur, il doit, dans les 15 jours qui suivent la réception de l'avis, verser à l'assureur une surprime. À défaut de paiement, le

the insurer shall return the unearned portion, if any, of the premium paid.

It is well established in insurance law that vacancy can be a change material to the risk: e.g., *Arcand v. Grenville Patron Mutual Fire Insurance Co.* (1923), 25 O.W.N. 175 (H.C.), and this is reflected in the common and accepted practice of including 30-day vacancy exclusion clauses in insurance policies. Halifax, however, was presumably unable to rely on that clause in this case since MacAdam J. had found that the property was occupied until shortly prior to the time of the loss. Halifax could still, however, rely on Statutory Condition 4 to avoid the policy on the basis that "[a]ny change material to the risk and within the control and knowledge of the insured shall avoid the contract as to the part affected thereby": Schedule to Part VII of the *Insurance Act*.

The insured argue that a vacancy months prior to the actual fire should not disallow their claim to coverage for the fire that destroyed their house. There is no concrete evidence linking that earlier vacancy to the actual circumstances of the fire, which was presumed to constitute arson. The insured submit that upholding the Court of Appeal's decision could lead to situations where an unreported vacancy (e.g., for a vacation) prior to an unrelated fire would avoid the insurance policy. This could have serious implications for rental properties which may often remain vacant while landlords seek appropriate tenants. Moreover, while the first clause of Statutory Condition 4 states that the change "shall avoid the contract as to the part affected thereby . . .", the balance of the provision suggests that the contract continues in effect until further events, for example cancellation by the insurer. It follows, the argument continues, that the contract does not automatically cease to exist prior to the correction of the change material to the risk. The question then becomes whether the insurer was entitled to cancel the contract on the basis of the earlier, rectified change to the risk. It might be argued that where the change has been rectified, this is at best a debt and hardly

contrat cesse d'être en vigueur et l'assureur rembourse, le cas échéant, la part non acquise de la prime versée.

40 Selon un principe bien établi du droit des assurances, l'inoccupation peut constituer un changement dans les circonstances constitutives du risque : p. ex., *Arcand c. Grenville Patron Mutual Fire Insurance Co.* (1923), 25 O.W.N. 175 (H.C.), comme en témoigne la pratique courante et reconnue d'insérer dans les polices d'assurance une clause d'exclusion pour cause d'inoccupation de plus de 30 jours. Halifax n'a sans doute pas été en mesure d'invoquer cette clause en l'espèce parce que le juge MacAdam avait conclu à l'occupation du bien jusqu'à peu avant le sinistre. Cependant, elle pouvait toujours se fonder sur la condition légale 4 pour annuler la police d'assurance au motif qu'un [TRADUCTION] « changement dans les circonstances constitutives du risque sur lequel l'assuré exerce un contrôle et dont il a connaissance est une cause de nullité de la partie du contrat ainsi touchée » : annexe de la partie VII de la *Loi sur les assurances*.

41 Les assurés soutiennent qu'une inoccupation bien des mois avant l'incendie ne devrait pas entraîner le rejet de leur demande d'indemnisation pour l'incendie qui a détruit leur maison. Aucune preuve concrète ne lie cette inoccupation antérieure aux circonstances réelles de l'incendie, qui serait d'origine criminelle. Selon eux, si la décision de la Cour d'appel est confirmée, il pourrait arriver que la police d'assurance devienne nulle du fait qu'une inoccupation (p. ex. pendant les vacances) n'a pas été signalée avant la survenance d'un incendie sans rapport avec la situation. Cela pourrait avoir de graves répercussions dans le cas des biens locatifs, qui peuvent souvent demeurer vacants pendant que les propriétaires cherchent des locataires acceptables. De plus, même si la première clause de la condition légale 4 dispose que le changement [TRADUCTION] « est une cause de nullité de la partie du contrat ainsi touchée . . . », le reste de la disposition permet de penser que le contrat demeure en vigueur jusqu'à la survenance d'événements précis, comme la résiliation par l'assureur. Il s'ensuit, poursuit-on, que le contrat ne prend pas fin automatiquement avant qu'il ne soit remédié au changement dans les circonstances constitutives du risque. Il s'agit alors de savoir si

justifies the draconian consequence of policy cancellation where the change material to the risk has been corrected.

42 On the other hand, the insurer might argue that lack of notification of a change cost it an opportunity to cancel the contract before the loss. Moreover, it is not essential that a statutory breach be causally connected to the loss: see *Henwood v. Prudential Insurance Co. of America*, [1967] S.C.R. 720, in which coverage was denied where the insured had not disclosed the fact that she suffered from clinical depression, and was later killed in an unrelated car accident. It might be argued that this reasoning does not apply to failure to advise of a change in the risk which has subsequently been rectified and hence is not in play at the time of the loss. Many events can temporarily change the risk — for example, a short vacancy, or a sump pump breaking down. Are homeowners obliged, at the risk of losing coverage, to advise insurers of these temporary problems even after they have been remedied and are no longer of any consequence?

43 In conclusion, Statutory Condition 4 is not a model of clarity. Arguments can be put for and against the proposition that its application avoids the policy on these facts. Lacking as we do sufficient argument on the issue, the prudent course is to leave this issue to be resolved by legislative amendment or in another case.

(2) If the Insurance Contract Was Void for Breach of Statutory Condition 4, Should the Court Grant Relief Under Section 171 of the *Insurance Act*?

44 The trial judge held that if the insurance contract was void by reason of Statutory Condition 4, the court should relieve against that result under s. 171 of the *Insurance Act* on the ground that the vacancy had been rectified prior to the loss. This conclusion is

l'assureur avait le droit de résilier le contrat en raison du changement antérieur du risque auquel il a été remédié. On peut soutenir que, lorsqu'il a été remédié au changement, il s'agit tout au plus d'une dette et qu'il n'est alors guère justifié de prendre en conséquence une mesure aussi draconienne que l'annulation de la police d'assurance.

L'assureur, pour sa part, peut faire valoir que le défaut de notification du changement l'a privé de la possibilité d'annuler le contrat avant le sinistre. De plus, il n'est pas essentiel qu'il y ait un lien de causalité entre la violation de la loi et le sinistre : voir l'affaire *Henwood c. Prudential Insurance Co. of America*, [1967] R.C.S. 720, où la couverture d'assurance a été refusée parce que l'assurée n'avait pas révélé qu'elle souffrait de dépression clinique et où elle a été ensuite tuée dans un accident d'automobile sans rapport avec cet état. On pourrait soutenir que ce raisonnement ne s'applique pas à l'omission d'aviser d'un changement du risque qui a par la suite été rectifié et qui n'entre donc pas en jeu au moment du sinistre. Bien des événements peuvent entraîner un changement temporaire du risque — p. ex., une inoccupation de courte durée ou la défaillance d'une pompe de puisard. Les propriétaires sont-ils tenus, au risque de perdre leur couverture d'assurance, d'aviser les assureurs de ces problèmes temporaires même après y avoir remédié et même s'ils sont désormais sans conséquence?

En conclusion, la condition légale 4 n'est pas un modèle de clarté. On peut avancer des arguments à l'appui et à l'encontre de la thèse qu'en l'espèce son application entraîne la nullité de la police d'assurance. Faute d'arguments en nombre suffisant sur la question, il vaut mieux qu'elle soit réglée par voie de modification législative ou dans une autre affaire.

(2) Si la violation de la condition légale 4 emporte nullité du contrat d'assurance, le tribunal devrait-il accorder l'exemption prévue à l'art. 171 de la *Loi sur les assurances*?

Selon le juge de première instance, si l'application de la condition légale 4 emporte nullité du contrat d'assurance, le tribunal devrait remédier à cette situation en appliquant l'art. 171 de la *Loi sur les assurances*, car le logement auparavant vacant ne

not seriously contested; the insurer's main argument was that s. 171 did not apply to Statutory Condition 4. Having concluded that s. 171 is applicable, I see no reason to interfere with the trial judge's conclusion on this point.

IV. Conclusion

I would allow the appeal and affirm the decision of the trial judge with costs to the appellants/insured throughout.

The reasons of Bastarache and Charron JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) —

I. Introduction

The sole issue of contention in this appeal is the statutory interpretation of s. 171 of the Nova Scotia *Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 231, and its application to Statutory Condition 4. Section 171 gives the court discretion to relieve an insured from the avoidance of a fire insurance contract when it is determined that a stipulation, condition or warranty is unjust or unreasonable. Statutory Condition 4 will avoid a contract of insurance if the insurer is not promptly notified in writing of any change material to the risk within the control and knowledge of the insured.

Insurance has become an essential part of our society. "Whether public or private, compulsory or voluntary, insurance touches everyone on a daily basis": D. Boivin, *Insurance Law* (2004), at p. 1. But what is the objective of insurance law? Insurance law provides control and ensures "a proper balance between insurers' need to maintain sufficient financial viability and their customers' reasonable expectations": C. Brown, *Insurance Law in Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 1-1.

l'était plus avant le sinistre. Cette conclusion n'est pas vraiment contestée; l'assureur a principalement soutenu que l'art. 171 ne s'appliquait pas à la condition légale 4. Ayant conclu à son application, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance sur ce point.

IV. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer la décision du juge de première instance, avec dépens en faveur des appelants/assurés dans toutes les cours. 45

Version française des motifs des juges Bastarache et Charron rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

I. Introduction

La seule question en litige en l'espèce est celle de l'interprétation de l'art. 171 de l'*Insurance Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 231 (la « *Loi sur les assurances* »), et de son application à la condition légale 4. L'article 171 confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire de remédier à l'annulation d'un contrat d'assurance-incendie s'il juge injuste ou déraisonnable une stipulation, une condition ou une garantie. Selon la condition légale 4, le contrat d'assurance devient nul si l'assureur n'est pas promptement avisé par écrit d'un changement dans les circonstances constitutives du risque sur lequel l'assuré exerce un contrôle et dont il a connaissance. 46

L'assurance est devenue un élément essentiel de notre société. [TRADUCTION] « Publique ou privée, obligatoire ou volontaire, l'assurance touche quotidiennement tout le monde » : D. Boivin, *Insurance Law* (2004), p. 1. Mais quel est l'objet du droit des assurances? Le droit des assurances assure un contrôle et veille au [TRADUCTION] « juste équilibre entre la nécessité pour les assureurs de maintenir une viabilité financière suffisante et les attentes raisonnables de leurs clients » : C. Brown, *Insurance Law in Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 1-1. 47

48 The insurance business was one of the first regulated industries, the legislatures having sought to control the economic impact of insurance companies, the undesirable business practices and the insolvencies of the insurers: M. G. Baer and J. A. Rendall, *Cases on the Canadian Law of Insurance* (6th ed. 2000), at pp. 27-28. Incursion by the provincial legislatures in major aspects of the relations between insured and insurers was first observed in matters dealing with the substance and the form of the contracts made with respect to fire insurance. Indeed, the widespread public criticism of the marketing practices and the content of insurance policies were so prevalent that legislatures set out standard terms for fire insurance policies which paved the way to the statutory conditions as we now know them: Baer and Rendall, at pp. 74-75.

49 The scheme surrounding s. 171 and Statutory Condition 4 (material change in the risk) appears in all provincial insurance statutes dealing with fire insurance (with the exception of the province of Quebec, which deals with material change in risk under the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64): *Insurance Act*, R.S.B.C. 1996, c. 226, ss. 129 ("Unjust exclusions") and 126; *Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. I-3, ss. 552(1) ("Special stipulations") and 549; *The Saskatchewan Insurance Act*, R.S.S. 1978, c. S-26, ss. 131 ("Special stipulations") and 128; *Insurance Act*, R.S.M. 1987, c. I40, ss. 145 ("Unjust exclusions") and 142; *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, ss. 151 ("Special stipulations") and 148; *Insurance Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-12, ss. 130 and 127; *Insurance Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. I-4, ss. 117 ("Unjust or unreasonable exclusions or conditions not binding, where) and 114; *Fire Insurance Act*, R.S.N.L. 1990, c. F-10, ss. 11 ("Special stipulations"), 8 and Sch., para. 4; *Insurance Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. I-4, ss. 67 ("Special stipulations") and 64(2); *Insurance Act*, R.S.Y. 1986, c. 91, ss. 71 ("Special stipulations") and 68.

50 I maintain that the interpretation of s. 171 of the *Insurance Act* can lead to only one conclusion: s. 171

Le commerce de l'assurance est l'un des premiers secteurs à être réglementés, les législatures ayant cherché à limiter l'impact économique des compagnies d'assurances ainsi que les effets des pratiques commerciales et de l'insolvabilité des assureurs : M. G. Baer et J. A. Rendall, *Cases on the Canadian Law of Insurance* (6e éd. 2000), p. 27-28. L'incursion des législatures provinciales dans les principaux aspects des relations entre assurés et assureurs s'est d'abord manifestée sur le plan du fond et de la forme des contrats d'assurance-incendie. En effet, les critiques du public à l'égard des pratiques commerciales et du contenu des polices d'assurance étaient tellement répandues que les législatures ont fixé les modalités générales des polices d'assurance-incendie, lesquelles ont ouvert la voie aux conditions légales que nous connaissons maintenant : Baer et Rendall, p. 74-75.

Le régime dans lequel s'inscrivent l'art. 171 et la condition légale 4 (changement dans les circonstances constitutives du risque) existe dans toutes les lois provinciales en matière d'assurance qui traitent de l'assurance-incendie (à l'exception de Québec, qui aborde cet aspect dans le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64) : *Insurance Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 226, art. 129 (« exclusions injustes ») et 126; *Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3, par. 552(1) (« stipulations particulières ») et art. 549; *The Saskatchewan Insurance Act*, R.S.S. 1978, ch. S-26, art. 131 (« stipulations particulières ») et 128; *Loi sur les assurances*, L.R.M. 1987, ch. I40, art. 145 (« exclusions injustes ») et 142; *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 151 (« stipulations particulières ») et 148; *Loi sur les assurances*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-12, art. 130 et 127; *Insurance Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. I-4, art. 117 (« exclusions ou conditions injustes et déraisonnables n'ayant pas de force obligatoire, lorsque ») et 114; *Fire Insurance Act*, R.S.N.L. 1990, ch. F-10, art. 11 (« stipulations particulières ») et 8, et ann., par. 4; *Loi sur les assurances*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. I-4, art. 67 (« stipulations spéciales ») et par. 64(2); *Loi sur les assurances*, L.R.Y. 1986, ch. 91, art. 71 (« stipulations spéciales ») et 68.

Je maintiens que l'interprétation de l'art. 171 de la *Loi sur les assurances* ne peut mener qu'à une

does not apply to statutory conditions. Therefore, the Court of Appeal's decision should be upheld.

II. Preliminary Remarks

Since the Chief Justice has succinctly summarized the relevant facts of this case, I need not repeat that part of her reasons. I nevertheless want to clarify a few important facts.

The Chief Justice describes the situation here as "the sad case of a couple" who suffered the loss of the house they had converted to two apartments (para.1). Without getting into a dispute over the facts, I take issue with this characterization. The property was vacant long before the fire and later occupied by Mr. Fitzgerald's brother, Danny, pursuant to a rental agreement. When Danny failed to make rental payments, the insured did not stand by, not knowing what to do; they were determined to have him evicted. In fact, Ms. Marche arranged for the water connections to the property to be disconnected and subsequently for the electric power boxes to be removed. While the insured may not have been pervaded with malice but only ignorance as to what their obligations were under the policy, this does not make this case singular in any way. They purposefully left the property vacant without water and electricity. One should bear in mind that it is the legislature that drafted the impugned section and that it is a fact that Halifax Insurance did nothing but invoke the policy.

McLachlin C.J. indicates, at para. 4 of her reasons that although the intention of the insured was to induce Danny to move out, it was not established that he did so as his possessions were still in the house. In fact, the trial judge concluded that "[t]he fire at the Property apparently occurred shortly after Danny had vacated" and later added "Danny endeavoured to find other premises and may even have moved out of the Property shortly before the fire": (2002), 202 N.S.R. (2d) 345, 2002 NSSC 62, at para. 25. This is more consistent with the fact that there was no water or electricity in the home and that the events took place in February. I think it is reasonable to conclude that Danny had left the

seule conclusion : l'art. 171 ne s'applique pas aux conditions légales. Par conséquent, la décision de la Cour d'appel devrait être confirmée.

II. Remarques préliminaires

51 La Juge en chef ayant résumé succinctement les faits pertinents de l'espèce, il est inutile de répéter cette partie de ses motifs. J'aimerais néanmoins préciser quelques faits importants.

52 La Juge en chef a qualifié la situation de « triste affaire d'un couple » qui a perdu la maison qu'il avait convertie en deux appartements (par. 1). Sans contester les faits, je ne suis pas d'accord avec cette qualification. La propriété était vacante bien avant l'incendie et a été par la suite occupée par le frère de M. Fitzgerald, Danny, en vertu d'une entente de location. Lorsque Danny a cessé de payer le loyer, les assurés ne restaient pas là à se demander ce qu'il fallait faire; ils étaient résolus à l'expulser. En fait, M^me^ Marche a pris les dispositions nécessaires pour faire couper l'eau et enlever les boîtes électriques. Le fait que les assurés n'aient peut-être pas eu d'intention malveillante, mais aient agi seulement par ignorance des obligations qui leur incombaient en vertu de la police d'assurance ne rend nullement cette affaire particulière. Ils ont à dessein laissé la propriété vacante, sans eau ni électricité. Il ne faut pas oublier que c'est le législateur qui a rédigé la disposition en cause et que La Compagnie d'Assurance Halifax (« Halifax ») n'a fait que demander l'application de la police d'assurance.

53 La juge en chef McLachlin indique au par. 4 de ses motifs que, même si l'intention des assurés était de faire partir Danny, il n'a pas été établi qu'il ait déménagé puisque ses effets personnels se trouvaient toujours dans la maison. En fait, le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] « l'incendie s'est apparemment déclaré peu après que Danny eut quitté les lieux », pour ensuite ajouter que [TRADUCTION] « Danny a tenté de trouver un autre logement et il se pourrait même qu'il ait déménagé peu avant l'incendie » : (2002), 202 N.S.R. (2d) 345, 2002 NSSC 62, par. 25. Cette version est davantage compatible avec le fait qu'il n'y avait ni eau ni électricité dans la maison et que les

property even though at least some of his personal property remained behind.

III. General Principles of Statutory Interpretation

54 Much has been written about the interpretation of legislation in Canada (see R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002); P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000); R. N. Graham, *Statutory Interpretation: Theory and Practice* (2001)). This Court has repeatedly cited, and this across a wide range of interpretive settings, that the preferred approach to statutory interpretation is that set out by E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

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

(See *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578, *per* Estey J. (taxation); *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at p. 1134, *per* Dickson C.J. (administrative); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, *per* Iacobucci J. (employment); *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 33, *per* McLachlin C.J. (criminal); *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56, at para. 28, *per* Iacobucci J. (admiralty); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 27, *per* Iacobucci J. (immigration); *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26, *per* Iacobucci J. (radiocommunication).)

55 Although the factors enumerated by Driedger create the framework that needs to be applied in order to interpret a statutory provision, this Court warned in *Chieu*, at para. 28, against a formulaic approach of the interpretive factors, given that they are closely related and interdependent.

événements sont survenus en février. Je crois qu'il est raisonnable de conclure que Danny avait quitté la propriété même s'il y avait laissé certains de ses effets personnels.

III. Principes généraux d'interprétation des lois

L'interprétation des lois au Canada a fait l'objet de nombreux ouvrages (voir R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002); P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999); R. N. Graham, *Statutory Interpretation : Theory and Practice* (2001)). La Cour a mentionné à maintes reprises et ce, dans divers contextes, qu'elle préconisait la méthode d'interprétation législative énoncée par E. A. Driedger dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87 :

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

(Voir *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 578, le juge Estey (droit fiscal); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, p. 1134, le juge en chef Dickson (droit administratif); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, le juge Iacobucci (droit du travail); *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 33, la juge en chef McLachlin (droit criminel); *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56, par. 28, le juge Iacobucci (amirauté); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 27, le juge Iacobucci (droit de l'immigration); *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26, le juge Iacobucci (droit de la radiocommunication).)

Même si les facteurs énumérés par Driedger créent le cadre nécessaire à l'interprétation d'une disposition législative, la Cour a, dans *Chieu*, par. 28, souligné qu'il ne fallait pas appliquer à la lettre les facteurs d'interprétation, étant donné qu'ils sont étroitement liés et interdépendants.

Furthermore, as pointed out by the insurer, the same approach was incorporated by the legislature in s. 9(5) of the *Interpretation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 235, which requires an examination of the object of a section, the former law and the history of legislation on the subject when interpreting a provision:

9. . . .

(5) Every enactment shall be deemed remedial and interpreted to insure the attainment of its objects by considering among other matters

(a) the occasion and necessity for the enactment;

(b) the circumstances existing at the time it was passed;

(c) the mischief to be remedied;

(d) the object to be attained;

(e) the former law, including other enactments upon the same or similar subjects;

(f) the consequences of a particular interpretation; and

(g) the history of legislation on the subject.

While it is true that one can and should consider as context the former law and the history of the legislation, as noted in the *Interpretation Act*, these factors, especially in a non-constitutional context, are subordinate to the duty to interpret every provision according to its object as can be determined by examining the Act as a whole. Parliamentary sovereignty should guide the courts, as was confirmed in *Bell ExpressVu*, at para. 62:

Statutory enactments embody legislative will. They supplement, modify or supersede the common law. More pointedly, when a statute comes into play during judicial proceedings, the courts (absent any challenge on constitutional grounds) are charged with interpreting and applying it in accordance with the sovereign intent of the legislator.

IV. Application of the Principles to Section 171

In order to determine the appropriate interpretation of the statutory provision at issue in this appeal,

En outre, comme l'a souligné l'assureur, le législateur a intégré la même approche dans le par. 9(5) de l'*Interpretation Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 235, lequel exige un examen de l'objet de la disposition, du droit antérieur et de l'historique de la législation en cette matière lorsqu'il s'agit d'interpréter une disposition : 56

[TRADUCTION]

9. . . .

(5) Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète d'une manière qui soit compatible avec la réalisation de son objet, compte tenu notamment :

a) de l'opportunité et de la nécessité d'adopter le texte;

b) des circonstances de son adoption;

c) du tort à réparer;

d) de l'objet à réaliser;

e) du droit antérieur, y compris les autres textes en la matière ou en matière semblable;

f) des conséquences d'une interprétation donnée;

g) de l'historique de la législation en cette matière.

S'il est vrai que l'on peut et que l'on doit considérer le droit antérieur et l'historique législatif comme faisant partie des éléments à prendre en compte, comme l'indique l'*Interpretation Act*, ces facteurs, surtout dans un contexte non constitutionnel, sont subordonnés à l'obligation d'interpréter chaque disposition en fonction de son objet, déterminé d'après l'examen de la Loi dans son ensemble. La souveraineté du Parlement devrait guider les tribunaux, comme la Cour l'a confirmé dans *Bell ExpressVu*, par. 62 : 57

Les textes législatifs sont l'expression de la volonté du législateur. Ils complètent, modifient ou remplacent la common law. Plus précisément, lorsqu'une loi est en jeu dans une instance judiciaire, il incombe au tribunal (sauf contestation fondée sur des motifs d'ordre constitutionnel) de l'interpréter et de l'appliquer conformément à l'intention souveraine du législateur.

IV. L'application des principes à l'art. 171

Pour décider de l'interprétation à donner à la disposition législative en cause dans le présent pourvoi, 58

I will first consider the grammatical and ordinary sense of the words used in the section. I will then proceed to read this section in its context. This inquiry will include an examination of (i) the immediate context of the expression under scrutiny, (ii) the broader context of the section, which entails the object and the intention of the legislator, and (iii) the external context, i.e., the history of the impugned section. Although it appears at first blush that none of these factors are by themselves conclusive, it is their impact as an ensemble that is persuasive.

A. *Grammatical and Ordinary Sense*

59 The interpretation begins with the ordinary meaning. But what does this first stage involve? Professor Sullivan, at p. 21, explains:

> The expression "ordinary meaning" is much used in statutory interpretation, but not in any consistent way. Sometimes it is identified with dictionary meaning, sometimes with literal meaning and sometimes with the meaning that results after the words to be interpreted are read in total context. Most often, however, it refers to the reader's first impression meaning, the understanding that spontaneously emerges when words are read in their immediate context . . . .

60 Hence, as expressed by Gonthier J. in *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, at p. 735, the ordinary meaning is "the natural meaning which appears when the provision is simply read through".

61 The insurer observes that the opening words of s. 171(b) are "[w]here a contract contains", not "where a contract is deemed to contain". The former suggests provisions which have been negotiated between the parties, and hence are contractual, whereas the latter suggests statutory conditions that are automatically part of every contract pursuant to s. 167(2) of the *Insurance Act*.

62 The insurer also contends that, contrary to other provisions of the statute (which will be examined later), the words "any . . . condition" are not qualified by the adjective "statutory" or by the phrase "statutory or otherwise". It concludes that in the absence of such a qualification, "any . . . condition"

j'examinerai tout d'abord le sens ordinaire et grammatical des termes employés. J'interpréterai ensuite la disposition dans son contexte. Cette analyse comprendra un examen (i) du contexte immédiat de l'expression à l'étude; (ii) du contexte général de la disposition, y compris l'objet et l'intention du législateur, et (iii) du contexte externe, c.-à-d. l'historique de la disposition contestée. Bien qu'à première vue, aucun de ces facteurs ne semble en soi concluant, c'est leur incidence globale qui est déterminante.

A. *Sens ordinaire et grammatical*

L'interprétation commence avec l'examen du sens ordinaire. Mais en quoi consiste cette première étape? À la p. 21, la professeure Sullivan explique :

> [TRADUCTION] L'expression « sens ordinaire » est souvent employée en interprétation législative, mais pas de façon uniforme. On l'assimile parfois à la définition donnée par le dictionnaire, parfois au sens littéral, et parfois au sens qui se dégage d'une lecture des termes à interpréter dans leur contexte global. La plupart du temps, cependant, on l'associe à la première impression du lecteur, c.-à-d. au sens qui lui vient spontanément lorsqu'il lit les termes dans leur contexte immédiat . . .

Par conséquent, comme l'a dit le juge Gonthier dans *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, p. 735, le sens ordinaire est « le sens naturel qui se dégage de la simple lecture de la disposition ».

L'assureur fait observer que le passage introductif de l'al. 171b) est [TRADUCTION] « [l]orsqu'un contrat comporte », et non « [l]orsqu'un contrat est réputé comporter », ce qui laisse entendre que, dans le premier cas, les clauses ont été négociées entre les parties et qu'elles sont donc contractuelles, alors que dans le second cas, les conditions légales font automatiquement partie de tout contrat conformément au par. 167(2) de la *Loi sur les assurances*.

L'assureur prétend également que, contrairement aux autres dispositions de la Loi (lesquelles seront examinées plus loin), l'expression « une condition » n'est pas qualifiée par l'adjectif « légale » ou le terme « légale ou autre ». Il conclut qu'en l'absence d'un tel qualificatif, elle s'entend de la

reflects the ordinary definition of the concept in a contract, that is to say a contractual provision. In my view, the usage by the legislature of the word "condition" interchangeably — sometimes to mean only statutory, at other times to mean statutory and contractual — does not permit to draw a clear conclusion from this reading.

After this preliminary step, I acknowledge that it would be difficult to determine the issue; the scale does not seem to tip in favour of either party. Nevertheless, the analysis does not stop here. It has been recognized by this Court that this first step must be followed with a consideration of the total context of the words to be interpreted in every case (*Chieu*, at para. 34; see also Sullivan, at p. 20).

B. *Total Context*

The modern approach recognizes the important role that context must inevitably play when a court construes the written words of a statute. It is undoubted that words take their colour from their surroundings: *Bell ExpressVu*, at para. 27.

When read in its entire context, I am of the view that s. 171(b) does not purport to relieve an insured from a statutory condition. A number of contextual factors which I will now strive to canvass support this conclusion.

I will examine this second factor of the modern approach in three steps. First, I will scrutinize the immediate context of the impugned words: the provision in which the words appear and any closely related provisions. Second, I will follow with an inquiry into the broader context of the section, i.e., the Act as a whole to determine the intention of the legislator. Finally, I will review the external context, that is the historical settings in which s. 171 was enacted (see Sullivan, at pp. 260-62).

(1) Immediate Context: *Noscitur a Sociis* Rule

The insurer submits that when reading s. 171, it can be observed that the word "condition" is linked by "or" with the concepts of "stipulation" and

définition ordinaire donnée à cette notion dans un contrat, c.-à-d. d'une disposition contractuelle. À mon avis, le fait que le législateur ait employé le mot « condition » de manière interchangeable — parfois dans le sens exclusif de condition légale, d'autres fois dans le sens de condition légale et de condition contractuelle — ne permet pas de tirer une conclusion claire de cette lecture.

63 À l'issue de cette étape préliminaire, je reconnais qu'il est difficile de trancher la question; la balance ne semble pas pencher du côté de l'une ou l'autre des parties. Cependant, l'analyse ne s'arrête pas là. La Cour a déjà reconnu qu'il faut, dans chaque cas, passer ensuite à l'examen du contexte global des termes à interpréter (*Chieu*, par. 34; voir aussi Sullivan, p. 20).

B. *Contexte global*

64 La méthode moderne reconnaît le rôle important que joue inévitablement le contexte dans l'interprétation par les tribunaux du texte d'une loi. Il ne fait aucun doute que les mots prennent la couleur de leur environnement : *Bell ExpressVu*, par. 27.

65 Lu dans son contexte global, l'al. 171b) n'a pas pour objet, selon moi, de libérer un assuré de l'obligation de respecter une condition légale. Un certain nombre de facteurs contextuels, que je vais maintenant essayer d'examiner, étayent cette conclusion.

66 J'examinerai en trois étapes ce deuxième facteur de la méthode moderne. Premièrement, j'étudierai soigneusement le contexte immédiat des termes contestés : la disposition dans laquelle ils sont employés et toutes celles qui s'y rapportent étroitement. Deuxièmement, je poursuivrai avec l'analyse du contexte général de la disposition, c.-à-d. de la Loi dans son ensemble, pour déterminer l'intention du législateur. Enfin, je passerai en revue le contexte externe, à savoir les circonstances historiques de l'adoption de l'art. 171 (voir Sullivan, p. 260-262).

(1) Contexte immédiat : la règle *noscitur a sociis* (règle des mots associés)

67 L'assureur soutient que la lecture de l'art. 171 nous permet de constater que le mot « condition » est relié par la conjonction « ou » aux notions de

"warranty". It is a well-known rule of interpretation that a term or an expression cannot be interpreted without taking the surrounding terms into account. "The meaning of a term is revealed by its association with other terms: it is known by its associates": *2747-3174 Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 195 (emphasis omitted).

68 Professor Sullivan, at p. 173, defines the associated words rule, *noscitur a sociis*, as follows:

> The associated words rule is properly invoked when two or more terms linked by "and" or "or" serve an analogous grammatical and logical function within a provision. This parallelism invites the reader to look for a common feature among the terms. This feature is then relied on to resolve ambiguity or limit the scope of the terms. Often the terms are restricted to the scope of their broadest common denominator.

69 This rule of statutory interpretation was applied by this Court on numerous occasions: *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, at pp. 328-29; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at para. 64; *2747-3174 Québec Inc.*, at para. 195; *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, 2004 SCC 6, at para. 51.

70 When applying the *noscitur a sociis* rule (associated words rule) to a term that is part of a list, one must look for a common feature among the terms, "the meaning of the more general being restricted to a sense analogous to the less general": *R. v. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55 (C.A.), at p. 61. Legislative provisions must not be considered in a vacuum. "The content of a provision 'is enriched by the rest of the section in which it is found . . .'": *Canadian Pacific*, at para. 64; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 647. In the present case, while "condition" standing alone could potentially have a broader connotation, its association with the words "stipulation" and "warranty" narrows its scope. As submitted by the insurer, under the *Insurance Act*, the concepts of "statutory" stipulation or "statutory" warranty do not exist. A stipulation or warranty is necessarily contractual. Consequently, the list should be

« stipulation » et de « garantie ». Selon une règle d'interprétation bien connue, on ne peut pas prendre un terme ou une expression et les lire en faisant abstraction des termes voisins. « Le sens d'un terme est révélé par son association à d'autres termes : il est connu par ceux auxquels il est associé » : *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 195 (soulignement omis).

À la p. 173 de son ouvrage, la professeure Sullivan définit ainsi la règle des mots associés :

> [TRADUCTION] La règle des mots associés est invoquée à bon droit lorsque au moins deux termes reliés par les conjonctions « et » ou « ou » ont une fonction grammaticale et logique analogue dans une disposition. Ce parallélisme pousse le lecteur à chercher une caractéristique commune entre ces termes. Il s'appuie ensuite sur cette caractéristique pour dissiper l'ambiguïté des termes ou en restreindre le sens. Souvent, les mots ont le sens restreint de leur dénominateur commun le plus général.

Cette règle d'interprétation des lois a été appliquée à maintes reprises par la Cour : *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, p. 328-329; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 64; *2747-3174 Québec Inc.*, par. 195; *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6, par. 51.

Lorsqu'on applique la règle des mots associés à un terme figurant dans une liste, on doit chercher une caractéristique commune à ces termes, [TRADUCTION] « le sens du mot le plus général se limite à un sens analogue à celui du mot le plus spécifique » : *R. c. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55 (C.A.), p. 61. Il ne faut pas étudier les dispositions législatives dans l'absolu. « Le contenu d'une disposition "est enrichi par le reste de l'article dans lequel il est situé . . ." » : *Canadien Pacifique*, par. 64; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 647. En l'espèce, même si, pris isolément, le mot « condition » pourrait avoir une connotation générale, son association avec les mots « stipulation » et « garantie » en limite le sens. Comme l'a fait valoir l'assureur, selon la *Loi sur les assurances*, les notions de stipulation « légale » ou de garantie « légale » n'existent pas. Une stipulation ou une garantie sont nécessairement

limited to the common denominator to all the terms: the contract. Every single one of these provisions is of a contractual nature. When addressing this factor, one must not confuse the immediate context with the broader context of the statute. These two factors, while linked, should be examined separately: one needs to address the specific context of an expression or word before referring to the entire context of the statute.

This rule needs to be kept in mind during the examination of the general context, i.e., s. 171 in the context of other provisions of the *Insurance Act* (and more specifically s. 33 which I will address fully later). "[W]ords in isolation are virtually meaningless": Sullivan, at p. 259. The same can be said for the provisions in the *Insurance Act* scheme.

(2) Broader Context: Scheme of *Insurance Act*, Object and Intention of the Legislator

"As the product of a rational and logical legislature, the statute is considered to form a system. Every component contributes to the meaning as a whole, and the whole gives meaning to its parts: 'each legal provision should be considered in relation to other provisions, as parts of a whole' . . .": Côté, at p. 308. See also *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 365.

Obviously, the general scheme of the *Insurance Act* is to shape insurance contract law and the business of insurance in Nova Scotia. For the purpose of regulating contracts, insurance has been divided into several classes under the statute, each of which is governed by different rules. The Act contains 12 parts covering such issues as the licensing of insurance agents and adjusters, and the penalties arising from contraventions of the Act.

When dealing with fire insurance, the framework applicable can be found in the general provisions of Part II (Insurance Contracts in the Province) and the specific provisions of Part VII (Fire Insurance). It

contractuelles. Par conséquent, la liste devrait être restreinte par le dénominateur commun de tous les termes : le contrat. Chacune de ces dispositions est de nature contractuelle. Dans l'examen de ce facteur, il ne faut pas confondre le contexte immédiat de la loi avec son contexte général. Ces deux facteurs, bien que liés, doivent être examinés séparément : il faut étudier le contexte particulier d'une expression ou d'un mot avant de se reporter au contexte général de la loi.

71 Il est nécessaire de garder cette règle à l'esprit durant l'examen du contexte général, c.-à-d. l'examen de l'art. 171 dans le contexte des autres dispositions de la *Loi sur les assurances* (et plus particulièrement de l'art. 33 que j'aborderai à fond ultérieurement). [TRADUCTION] « [L]us isolément, les mots sont pratiquement vides de sens » : Sullivan, p. 259. On peut en dire autant des dispositions dans le cadre de la *Loi sur les assurances*.

(2) Contexte général : l'esprit de la *Loi sur les assurances*, l'objet et l'intention du législateur

72 « Œuvre d'un législateur rationnel et logique, la loi est censée former un système : chaque élément contribue au sens de l'ensemble et l'ensemble, au sens de chacun des éléments : "chaque disposition légale doit être envisagée, relativement aux autres, comme la fraction d'un ensemble complet" . . . » : Côté, p. 388. Voir aussi *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, p. 365.

73 De toute évidence, le régime général établi par la *Loi sur les assurances* vise à façonner le droit des contrats d'assurance et le commerce de l'assurance en Nouvelle-Écosse. Pour la réglementation des contrats, la Loi divise l'assurance en plusieurs catégories, chacune d'elles étant régie par des règles différentes. La Loi comprend 12 parties couvrant des sujets tels que la délivrance de permis d'agent et d'expert d'assurances, et les peines découlant des infractions à la Loi.

74 Lorsqu'il est question d'assurance-incendie, il est possible de dégager le cadre d'analyse applicable des dispositions générales de la partie II (contrats d'assurance dans la province) et des dispositions

is important to note that while these two parts are now distinct and a fraction of the bigger insurance scheme in Nova Scotia, when first adopted, the complete legislative framework on fire insurance formed a single statute, the *Fire Insurance Policy Act*. I will review the historical foundation of the litigious section when analysing the external context.

(a) *Part VII — Fire Insurance*

75 Part VII prescribes various aspects of a fire insurance contract including the extent of coverage against fire (s. 163), the contents of the policy (s. 164), and the renewal contract (s. 166). It also includes s. 171, the disputed section. Part VII is of great significance; it prescribes the mandatory statutory conditions. Section 167(2) deems a Schedule of 15 statutory conditions to be part of every contract for fire insurance. No variation, omission or addition to any statutory condition is binding on the insured. Therefore, part of a fire insurance policy is mandated in the form of statutory conditions which neither the insurer nor the insured may set aside.

76 In the case at bar, the statutory condition at the heart of the dispute is Statutory Condition 4. As earlier mentioned, it requires the insured to promptly notify in writing the insurer or its local agent of any change material to the risk that is within his control and knowledge. A failure to abide by that condition will result in the avoidance of the contract. The insurer submitted at trial that the insured had breached Statutory Condition 4 by failing to advise the insurer that the property in question was vacant. This position was upheld by the Court of Appeal. This conclusion is not in dispute before our Court.

77 The insurer submits that the object of the mandatory statutory conditions is to enhance, as opposed to restrict, the rights of the insured; therefore, by definition, statutory conditions are "just and

particulières de la partie VII (assurance-incendie). Il importe de souligner que, même si ces deux parties sont maintenant distinctes et constituent une fraction du vaste régime d'assurance en Nouvelle-Écosse, l'ensemble du cadre législatif applicable en matière d'assurance-incendie formait, au moment de son adoption, un seul texte législatif, la *Fire Insurance Policy Act*. Je passerai en revue le fondement historique de la disposition litigieuse dans mon analyse du contexte externe.

a) *Partie VII — Assurance-incendie*

La partie VII porte sur différents aspects du contrat d'assurance-incendie, notamment l'étendue de la couverture contre l'incendie (art. 163), le contenu de la police (art. 164) et le contrat de renouvellement (art. 166). Elle comprend aussi l'art. 171, la disposition litigieuse. La partie VII revêt une grande importance; elle prescrit les conditions légales obligatoires. Selon le par. 167(2), sont réputées faire partie de tous les contrats d'assurance-incendie les 15 conditions légales figurant en annexe. Aucune omission dans une condition légale ni aucun changement ou rajout qui y est apporté ne lient l'assuré. Par conséquent, la police d'assurance-incendie comporte une partie obligatoire qui se présente sous la forme de conditions légales que ni l'assureur ni l'assuré ne peuvent écarter.

En l'espèce, la condition légale 4 est au cœur du litige. Comme je l'ai mentionné précédemment, elle exige de l'assuré qu'il avise promptement par écrit l'assureur ou son agent local de tout changement dans les circonstances constitutives du risque sur lequel il exerce un contrôle et dont il a connaissance. Ne pas observer cette condition est une cause de nullité du contrat. L'assureur a fait valoir au procès que les assurés avaient violé la condition légale 4 en ne l'avisant pas de l'inoccupation de la propriété en question. Ce point de vue a été retenu par la Cour d'appel. Cette conclusion n'est pas contestée devant notre Cour.

L'assureur soutient que l'objet des conditions légales obligatoires est d'accroître, et non de limiter, les droits de l'assuré; par définition, elles sont donc « justes et raisonnables ». Cet argument a été

reasonable". This argument was accepted by the Court of Appeal. I agree with the insurer because, in my view, and this will be further demonstrated below, the statutory conditions, taken as an ensemble, and their mandatory nature are the legislator's answer to creating an equitable scheme. Each condition is just and reasonable as it is necessary to ensure the balance of the regime. The Chief Justice takes the position that the fact that a statutory condition may on its face be reasonable and just ignores that in its application it can be unreasonable or unjust (para. 32). I respectfully disagree that this is the proper approach to the interpretation of this provision.

accepté par la Cour d'appel. Je suis d'accord avec l'assureur parce que, selon moi, et je vais l'expliquer davantage plus loin, les conditions légales, considérées comme un ensemble, et leur caractère obligatoire sont la solution qu'a trouvée le législateur pour créer un régime équitable. Chaque condition est juste et raisonnable dans la mesure où elle est nécessaire à l'équilibre du régime. La Juge en chef estime que la thèse selon laquelle une condition légale peut paraître à première vue raisonnable et juste ne tient pas compte du fait qu'elle peut être déraisonnable ou injuste dans son application (par. 32). Je regrette de ne pouvoir dire qu'il s'agit là de la méthode qui convient à l'interprétation de cette disposition.

It is necessary to first consider the purpose of statutory conditions. The answer to this question is found in decisions of England's Privy Council as well as those of this Court. In *Curtis's and Harvey Ltd. v. North British and Mercantile Insurance Co.* (1920), 55 D.L.R. 95, Lord Dunedin states, at p. 99:

78 Il faut d'abord se demander quel est l'objet des conditions légales. La réponse à cette question se trouve dans les décisions du Conseil privé d'Angleterre ainsi que dans celles de la Cour. Dans *Curtis's and Harvey Ltd. c. North British and Mercantile Insurance Co.* (1920), 55 D.L.R. 95, lord Dunedin déclare (p. 99) :

The primary object of the statutory conditions is to prevent the insurer by means of exceptions skilfully worded and not particularly brought to the notice of the assured, avoiding liability which it is only just and reasonable he should undertake in a fire policy. Their Lordships agree . . . that these conditions, if there is doubt, should be held rather as amplifying than as cutting down the insurer's liability.

[TRADUCTION] L'objet principal des conditions légales est d'empêcher l'assureur de se soustraire, au moyen d'exceptions habilement libellées qui n'ont pas été spécialement portées à l'attention de l'assuré, à la responsabilité juste et raisonnable qu'il devrait assumer aux termes d'une police d'assurance-incendie. Les lords juges conviennent [. . .] que ces conditions devraient, en cas de doute, être considérées comme élargissant plutôt que comme réduisant la responsabilité de l'assureur.

In addition, this Court acknowledged in *City of London Fire Insurance Co. v. Smith* (1888), 15 S.C.R. 69, at pp. 79-80, the special nature of statutory conditions:

79 En outre, la Cour a reconnu dans *City of London Fire Insurance Co. c. Smith* (1888), 15 R.C.S. 69, p. 79-80, la nature spéciale des conditions légales :

The statutory conditions being themselves framed as being conditions just and reasonable to be exacted a variation which should make any such conditions to be less onerous, must of necessity be just and reasonable, and it is only in the case of a variation exacting something more onerous upon the insured than the statutory condition in the same matter enacts, that any question could arise calling for the decision of a judge or court to determine whether the variation is a just and reasonable one to be exacted by the company.

[TRADUCTION] Les conditions légales étant elles-mêmes rédigées comme étant des conditions justes et raisonnables à imposer, la modification visant à les rendre moins exigeantes doit nécessairement être juste et raisonnable, et c'est seulement si la modification impose à l'assuré un fardeau plus lourd que la condition légale en cette matière que pourrait survenir un litige exigeant d'un juge ou d'un tribunal qu'il décide s'il s'agit d'une modification juste et raisonnable que la compagnie doit imposer.

80 Consequently, the purpose of the statutory conditions is to provide fairness to both the insured and the insurance provider.

81 The author Brown, at pp. 20-8 and 20-9, clearly makes a distinction between a statutory condition and "stipulations, conditions or warranties" when discussing the above purpose:

> This consumer protection objective is underscored by the requirement that the statutory conditions be printed on the policy although this does not apply to interim receipts or binders. Whether printed or not, they are to be deemed part of the fire insurance contract and variations or omissions of conditions are not binding on the insured. This does not prevent certain stipulations, conditions, or warranties material to the risk and respecting the use, condition, location or maintenance of the insured property from being included in the contract, provided they are not inconsistent with statutory conditions (and provided they are not held to be unjust or unreasonable). Moreover, what may appear to be a possible variation and, therefore invalid, may merely be a valid limitation on the description of the risk, or an exclusion. [Emphasis added.]

82 Consequently, I agree with Oland J.A. of the Court of Appeal, when she expresses the view that statutory conditions, which are mandated by legislation to be incorporated into insurance contracts for the protection of the insured, must be considered just and reasonable: (2003), 214 N.S.R. (2d) 1, 2003 NSCA 32, at para. 54.

83 This said, it is important to reconcile the inclusion by the legislature of the statutory conditions in contracts for fire insurance with the terms of s. 171. This Court has recognized in *Rizzo & Rizzo Shoes*, at para. 27, that legislatures do not intend to produce absurd consequences:

> . . . an interpretation can be considered absurd if it leads to ridiculous or frivolous consequences, if it is extremely unreasonable or inequitable, if it is illogical or incoherent, or if it is incompatible with other provisions or with the object of the legislative enactment. . . .

Par conséquent, l'objet des conditions légales est d'assurer l'équité entre l'assuré et l'assureur.

L'auteur Brown établit clairement une distinction entre la condition légale et [TRADUCTION] « la stipulation, la condition ou la garantie » lorsqu'il traite de l'objet susmentionné (p. 20-8 et 20-9) :

> [TRADUCTION] Cet objectif de protéger le consommateur ressort du fait que les conditions légales doivent figurer dans la police, bien que cette exigence ne s'applique pas aux reçus intérimaires ni aux polices provisoires. Qu'elles figurent ou non au contrat, elles sont réputées faire partie du contrat d'assurance-incendie, et les omissions dans ces conditions ainsi que les modifications qui y sont apportées ne lient pas l'assuré. Cela n'empêche pas les parties d'inclure dans le contrat certaines stipulations, conditions ou garanties importantes dans l'appréciation du risque relativement à l'usage, à l'état, à l'emplacement ou à l'entretien du bien assuré, pourvu qu'elles ne soient pas incompatibles avec les conditions légales (et pourvu qu'elles ne soient pas jugées injustes ou déraisonnables). En outre, ce qui peut sembler être une modification possible, donc invalide, pourrait n'être qu'une restriction valide de la description du risque ou une exclusion. [Je souligne.]

Je suis donc d'accord avec la juge Oland, de la Cour d'appel, lorsqu'elle déclare qu'il faut considérer les conditions légales, qui, selon la loi, doivent obligatoirement être incorporées dans les contrats d'assurance pour protéger l'assuré, comme étant justes et raisonnables : (2003), 214 N.S.R. (2d) 1 2003 NSCA 32, par. 54.

Cela dit, il importe de concilier l'inclusion par le législateur des conditions légales dans les contrats d'assurance-incendie avec le libellé de l'art. 171. Dans *Rizzo & Rizzo Shoes*, par. 27, la Cour a reconnu que le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes :

> . . . on qualifiera d'absurde une interprétation qui mène à des conséquences ridicules ou futiles, si elle est extrêmement déraisonnable ou inéquitable, si elle est illogique ou incohérente, ou si elle est incompatible avec d'autres dispositions ou avec l'objet du texte législatif. . .

I agree with the insurer that it would be both illogical and incoherent to interpret s. 171 as applying to statutory conditions in Part VII. Like it, I believe it would be unreasonable and incongruous for the same statute to dictate, on the one hand, that statutory conditions are mandatory to assure fairness to both parties, but, on the other hand, to allow that the same conditions be avoided because they are unreasonable or unjust by virtue of s. 171. This would defeat the purpose of the statutory conditions and render them pointless and futile. We must presume that the legislature, in an attempt to protect the insured from shrewd tactics by the insurer in drafting its policy, provided for conditions which are just and reasonable for both the insured and the insurers, and wanted them applied and not defeated by its own legislative scheme. While some may not agree with the position taken by the legislature, absent any challenge on constitutional grounds, the interpretation process cannot be used to avoid the legislative scheme.

84 Je conviens avec l'assureur qu'il serait à la fois illogique et incohérent de considérer que l'art. 171 s'applique aux conditions légales figurant dans la partie VII. Tout comme lui, je crois qu'il serait déraisonnable et incongru qu'une même loi, d'une part, prescrive que les conditions légales sont obligatoires pour assurer l'équité entre les deux parties et, d'autre part, permette de les lever parce qu'elles sont déraisonnables ou injustes en application de l'art. 171. Cela irait à l'encontre de l'objet des conditions légales et en ferait des conditions inutiles et futiles. Il nous faut présumer que, en cherchant à protéger l'assuré contre les manœuvres astucieuses employées par l'assureur dans la rédaction de sa police, le législateur a prévu des conditions justes et raisonnables pour l'assuré et l'assureur et qu'il voulait les voir appliquées, et non levées par son propre régime législatif. Il est possible que certains ne soient pas d'accord avec la position adoptée par le législateur, en l'absence de toute contestation fondée sur des motifs d'ordre constitutionnel, mais on ne peut se servir de l'interprétation pour se soustraire au régime législatif.

Professor J. A. Rendall adopted the same position in his annotation to the decision *Krupich v. Safeco Insurance Co. of America* (1985), 16 C.C.L.I. 18, at p. 20:

> It makes very good sense to include a statutory provision, by way of judicial discretion, to control the freedom of contract by which insurers might otherwise impose harsh terms in the form of policy exclusions and conditions. This, surely, is precisely what s. 238(1) [equivalent to s. 171 of the Nova Scotia *Insurance Act*] does and is directed at doing. It seems obvious that s. 238(1) was never intended to give a Court any role in deciding whether one of the statutory conditions, mandatorily incorporated as part of every fire insurance policy by s. 235(1), might be thought to be "unjust or unreasonable". The statutory conditions have been developed according to a legislative judgment of what insurance contract terms are "just and reasonable", and those conditions are made part of every contract by a clear legislative statement in s. 235(1). [Emphasis added.]

85 Dans ses notes relatives à la décision *Krupich c. Safeco Insurance Co. of America* (1985), 16 C.C.L.I. 18, p. 20, le professeur J. A. Rendall a adopté la même position :

> [TRADUCTION] Il est tout à fait logique qu'un tribunal, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, puisse inclure une disposition légale dans un contrat, dans le but de limiter la liberté contractuelle qui autrement permettrait aux assureurs d'imposer des modalités sévères, sous forme de clauses d'exclusion et de conditions. Il ne fait aucun doute que c'est précisément ce que fait le par. 238(1) [l'équivalent de l'art. 171 de la *Loi sur les assurances* de la Nouvelle-Écosse] et ce qu'il est censé faire. Il semble évident que jamais il n'a été prévu que le par. 238(1) confère au tribunal le pouvoir de décider si l'une des conditions légales, qui doivent obligatoirement être incorporées dans toutes les polices d'assurance-incendie en application du par. 235(1), pourrait être considérée comme étant « injuste ou déraisonnable ». Les conditions légales ont été rédigées selon la conception du législateur quant aux modalités d'un contrat d'assurance qui sont « justes et raisonnables », et ces conditions font partie de tous les contrats en vertu de l'énoncé législatif clair du par. 235(1). [Je souligne.]

86 Moreover, statutory conditions are a means of attaining one of the foundational objectives of the statutory regulation of the insurance industry: limiting the freedom of contract enjoyed by insurance companies. In this regard, Professor Boivin, at pp. 59-60, when addressing this legislative objective, expressed the following opinion:

> [This] legislative objective . . . is designed to compensate for the fact that insurance consumers have only weak bargaining power compared to insurers. Insurance policies are contracts of adhesion in many important respects. Pre-contractual discussions tend to focus on the object of the insurance, the amount of coverage, and the resulting premium. However, the issues that give rise to most litigation — the conditions, limitations, and exclusions of coverage — are themselves imposed without negotiation. But this is only half the problem from the perspective of consumers. *Knowledge* is another disparity between insurer and insured. . . .
>
> Given this reality, the formation and enforcement of a contract constitute important dimensions of provincial and territorial insurance regulation concerns. . . .
>
> "Statutory conditions" constitute another important feature of this statutory framework. . . . [S]tatutory conditions are specific contractual provisions drafted by the legislature and deemed to be part of every contract issued in the corresponding province or territory that deals with accident and sickness insurance, automobile insurance, or fire insurance. These conditions can be compared to the implied conditions imposed by the judiciary, with the important exception that they are beyond the reach of the contracting parties. Insurers cannot make any additions, omissions, or variations with respect to these conditions. Regarding classes of insurance other than accident and sickness, automobile, or fire, the provincial and territorial legislatures have opted for a more conventional form of statutory intervention: they confer rights and impose corresponding obligations. [Underlining added.]

87 In my view, it is clear from the object of the statutory conditions that the legislature wanted to elevate a number of conditions to supreme grounds and make them untouchable by both insurers and insured. I contend that s. 171 was enacted as a complement to the mandatory statutory conditions

En outre, les conditions légales permettent de réaliser l'un des objectifs fondamentaux de la réglementation du secteur de l'assurance : limiter la liberté contractuelle dont jouissent les compagnies d'assurances. À cet égard, le professeur Boivin a exprimé l'opinion suivante à propos de cet objectif législatif (p. 59-60) :

> [TRADUCTION] [Cet] objectif législatif [. . .] vise à compenser le faible pouvoir de négociation qu'ont les consommateurs d'assurances par rapport aux assureurs. Les polices d'assurance sont, à bien des égards importants, des contrats d'adhésion. Les discussions préalables à la conclusion du contrat tendent à porter principalement sur l'objet de l'assurance, sur le montant de la couverture et sur la prime afférente. Cependant, les sources les plus fréquentes de litiges — les conditions, les restrictions et les exclusions de la couverture — sont elles-mêmes imposées sans négociation. Mais cela ne représente que la moitié du problème pour les consommateurs. La *connaissance* est une autre différence qui existe entre l'assureur et l'assuré. . .
>
> Compte tenu de cette réalité, la formation et l'exécution d'un contrat sont des dimensions importantes du problème que pose pour les provinces et les territoires la réglementation du secteur de l'assurance. . .
>
> Les « conditions légales » constituent une autre caractéristique importante de ce cadre législatif. [. . .] [L]es conditions légales sont des dispositions contractuelles particulières rédigées par le législateur et elles sont réputées faire partie de tous les contrats formés dans la province ou le territoire correspondant en matière d'assurance accidents et maladies, d'assurance-automobile ou d'assurance-incendie. Ces conditions peuvent être comparées aux conditions implicites imposées par les tribunaux, sauf que — fait important — elles échappent au contrôle des parties contractantes. Les assureurs ne peuvent procéder à des omissions dans ces conditions ni y apporter des changements ou rajouts. Quant aux catégories d'assurance autres que celles relatives aux accidents et maladies, à l'automobile ou à l'incendie, les législatures provinciales et territoriales ont opté pour une forme d'intervention législative plus classique : elles accordent des droits et imposent des obligations correspondantes. [Je souligne.]

À mon avis, il ressort clairement de l'objet des conditions légales que le législateur voulait élever un certain nombre d'entre elles à un niveau suprême et faire en sorte qu'elles soient hors de la portée des assureurs et des assurés. J'affirme que l'art. 171 a été adopté pour servir de complément

rather than a curative provision applicable to such statutory conditions. The objective of the legislature was to frame the fire insurance contract and to shield the insured from the abuse and oppression of insurance companies (Rendall, at p. 20). In fact, the protection of the insured is provided for by two components: the mandatory statutory conditions (s. 167) and the relief provision (s. 171). Each has a particular end; together, they create a whole.

McLachlin C.J. argues that the presumption that the legislature enacted statutory conditions which are just and reasonable can be rebutted and refuted by examining the consequences the condition may create in a specific case. I believe this is contrary to the very wording of the provisions and the legislative intent. When dealing with consequences, the legislature was clear, as I will demonstrate shortly in discussing s. 33. I would add that in any event, the insured in the present case were not able to establish that the provision was unfair on its face or in its application. If it is unfair to apply Statutory Condition 4 when there is no misconduct by the insurer and nothing unusual about the breach of the condition or the fire, it is no longer a mandatory term of the contract. It cannot be that the unfairness simply results from the fact that the contractual breach occurred prior to the fire, for there would then be no meaning to the avoidance provision. The material change in the risk is a feature that is provided in order to exclude the necessity of establishing causality. There is no merit to the argument that it is unfair for the insurer to apply Statutory Condition 4 because there is no causality between the breach and the fire; the same could be said of most statutory conditions. In my view, the history of s. 171 and its association with s. 33 precludes any inquiry into the effects of a statutory condition. Otherwise, every single one of the 15 statutory conditions would potentially be unreasonable or unjust, an outcome that would be inconsistent with the purpose of the Act, and create great uncertainty for both parties.

aux conditions légales obligatoires et non de disposition remédiant à l'application de ces conditions. L'objectif du législateur était d'encadrer le contrat d'assurance-incendie et de protéger l'assuré contre les abus et l'autorité excessive des compagnies d'assurances (Rendall, p. 20). En fait, la protection de l'assuré est garantie par deux éléments : les conditions légales obligatoires (art. 167) et la disposition d'exemption (art. 171). Chacune d'elles a une fin particulière; ensemble, elles créent un tout.

88 Selon la juge en chef McLachlin, la présomption selon laquelle le législateur a adopté des conditions légales qui sont justes et raisonnables peut être réfutée par l'examen des conséquences que la condition peut créer dans un cas donné. J'estime que ce point de vue va à l'encontre du libellé même des dispositions et de l'intention du législateur. Pour ce qui est des conséquences, le législateur a été clair, comme je vais le démontrer dans mon analyse de l'art. 33. J'ajouterai que, de toute manière, les assurés en l'espèce n'ont pas été en mesure d'établir que la disposition était injuste à sa simple lecture ou dans son application. S'il est injuste d'appliquer la condition 4 alors que l'assureur n'a commis aucune faute et que l'inobservation de la condition ou l'incendie n'ont rien d'inhabituel, la condition légale 4 n'est plus une modalité obligatoire du contrat. L'injustice ne peut pas simplement découler du fait que la violation de la condition contractuelle est survenue avant l'incendie, car la disposition résolutoire n'aurait alors aucun sens. Le changement dans les circonstances constitutives du risque est un élément qui est prévu pour qu'il ne soit pas nécessaire d'établir un lien de causalité. L'argument qu'il est injuste pour l'assureur d'appliquer la condition légale 4 parce qu'il n'existe aucun lien de causalité entre son inobservation et l'incendie est sans fondement; on peut en dire autant de la plupart des conditions légales. À mon avis, l'historique de l'art. 171 et son lien avec l'art. 33 empêchent tout examen des conséquences d'une condition légale. Sinon, chacune des 15 conditions légales serait susceptible d'être déraisonnable ou injuste; cette conclusion serait incompatible avec l'objet de la Loi et créerait une grande incertitude chez les deux parties.

89 In addition, I am of the view that policy concerns, which I will address in section VI of my reasons, go against a rebuttal of the presumption. One may be naturally inclined to protect the insured against the corporate entity in every case; nevertheless, one must not forget that the legislature has taken the steps it considered necessary to protect the insured and to assure fairness to both parties to the contract. It specifically took into consideration in drafting the mandatory provisions that the insurance company has no other choice but to rely on the information that it receives from the insured.

90 Thus, I conclude that the scheme in Part VII of the *Insurance Act* can only be interpreted as giving discretion to the courts to grant relief under s. 171 where a "contractual" condition is held to be unjust or unreasonable. Section 171 should not apply to statutory conditions because it will undermine them and deny the complementary approach of ss. 167 and 171 of the *Insurance Act*.

(b) *Part II — Insurance Contracts in the Province*

91 Part II of the *Insurance Act* includes general provisions applicable to all insurance contracts in Nova Scotia (subject to certain exceptions which do not apply in this case) where not inconsistent with some other provision of the Act. Therefore, Part II applies to contracts of fire insurance.

92 Part II prescribes various aspects of the insurance contracts including delivery of the insurance policy (s. 18), the effect of default in paying a premium (s. 21) and the submission of forms for proof of loss (s. 23). I want to draw attention to s. 33, the provision for "relief against forfeiture". Section 33 provides that a court may relieve against forfeiture or avoidance of the insurance where there has been imperfect compliance with a statutory condition as to the proof of loss to be given by the insured (or other matter or thing required to be done or omitted by the insured), where the court considers it inequitable that the insurance should be forfeited or avoided.

J'estime en outre que les considérations d'intérêt général, dont je traiterai à la section VI de mes motifs, sont défavorables à la réfutation de la présomption. Il est possible que l'on soit naturellement enclin à protéger l'assuré contre la personne morale dans tous les cas; cependant, il ne faut pas oublier que le législateur a pris les mesures qu'il estime nécessaires pour protéger l'assuré et garantir l'équité entre les deux parties au contrat. En rédigeant les dispositions obligatoires, le législateur a spécifiquement tenu compte du fait que la compagnie d'assurances n'a d'autre choix que de se fier aux renseignements fournis par l'assuré.

Je conclus donc que la seule interprétation possible du régime établi dans la partie VII de la *Loi sur les assurances* est que celui-ci confère aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'accorder l'exemption prévue à l'art. 171 s'ils jugent injuste ou déraisonnable une condition « contractuelle ». L'article 171 ne devrait pas s'appliquer aux conditions légales parce qu'il les contrecarrerait et rejetterait l'approche complémentaire adoptée à l'égard des art. 167 et 171 de la *Loi sur les assurances*.

b) *Partie II — Contrats d'assurance dans la province*

La partie II de la *Loi sur les assurances* comprend des dispositions générales qui sont applicables à tous les contrats d'assurance en Nouvelle-Écosse (sous réserve de certaines exceptions non applicables en l'espèce) à moins d'incompatibilité avec une autre disposition de la Loi. La partie II s'applique donc aux contrats d'assurance-incendie.

La partie II porte sur différents aspects des contrats d'assurance, notamment la remise de la police d'assurance (art. 18), les effets du non-paiement de la prime (art. 21) et la présentation des formules destinées à établir la preuve du sinistre (art. 23). J'aimerais attirer l'attention sur l'art. 33, la disposition relative à la « levée de la déchéance ». L'article 33 prévoit qu'un tribunal peut remédier à la déchéance ou à l'annulation de l'assurance lorsque l'assuré n'a qu'imparfaitement observé une condition légale portant sur la preuve du sinistre qu'il doit faire (ou sur une autre question ou chose qu'il a l'obligation de faire ou de ne pas faire), s'il

The insurer evokes a parallel between s. 33 and s. 171 which McLachlin C.J. dismisses quickly on the basis that the legislative histories and objects of the two provisions are different. I strongly disagree. Actually, I contend that the history of the sections corroborates their complementary nature. I will deal with this external factor later. For now, an examination of the language of s. 33 is indispensable:

33 Where there has been imperfect *compliance* with a statutory condition as to the proof of loss to be given by the insured or other matter or thing required to be done or omitted by the insured with respect to the loss, and a consequent forfeiture or avoidance of the insurance in whole or in part, and the court considers it inequitable that the insurance should be forfeited or avoided on that ground, the court may relieve against the forfeiture or avoidance on such terms as it considers just.

The language in s. 33 is explicit and clear: it permits relief against forfeiture of the insurance for imperfect compliance with a "statutory" condition after a loss. In contrast, s. 171 permits a "stipulation, condition or warranty" in a contract not to bind the insured if it is held to be unjust or unreasonable by the court. Compliance and nature of the provision are distinct notions, and the legislature did not ignore this. Another important divergence between the two sections is the determination of inequity: on the one hand, s. 33 speaks of what the courts consider inequitable in the consequences of the non-compliance with the statutory conditions; on the other hand, s. 171 deals only with unjust conditions, not their consequences. The distinctions between these two types of relief provisions which apply to fire insurance contracts cannot be ignored or modified by judicial interpretation: it would be to feed into s. 171 the same language that the legislature only chose to include in s. 33.

While today ss. 33 and 171 are not in the same part of the *Insurance Act* (this was not the case not so long ago, as evidenced from the external context to be discussed later), they are a good indication of

juge injuste la déchéance ou l'annulation de l'assurance. Selon l'assureur, il existe un parallèle entre l'art. 33 et l'art. 171, argument que la juge en chef McLachlin rejette rapidement du fait que l'historique et l'objet des deux dispositions sont différents. Je suis en profond désaccord. À vrai dire, j'estime que l'historique des dispositions corrobore la théorie de leur nature complémentaire. Je traiterai ultérieurement de ce facteur externe. Pour l'instant, un examen du libellé de l'art. 33 s'impose :

[TRADUCTION]

33 Lorsque l'assuré n'a qu'imparfaitement *observé* une condition légale portant sur la preuve du sinistre qu'il doit faire ou sur une autre question ou chose qu'il a l'obligation de faire ou de ne pas faire à l'égard du sinistre, qu'il s'ensuit une déchéance ou une annulation totale ou partielle de l'assurance et que le tribunal estime injuste la déchéance ou l'annulation de l'assurance pour ce motif, le tribunal peut remédier à la déchéance ou à l'annulation aux conditions qu'il estime justes.

93 Le libellé de l'art. 33 est explicite et clair : il permet de remédier à la déchéance de l'assurance résultant de l'observation imparfaite d'une condition « légale » à la suite d'un sinistre. Par contre, l'art. 171 permet qu'« une stipulation, une condition ou une garantie » figurant dans un contrat ne lie pas l'assuré si le tribunal la juge injuste ou déraisonnable. L'observation de la disposition et la nature de celle-ci sont des notions distinctes, ce dont le législateur a tenu compte. Une autre différence importante entre les deux dispositions réside dans la détermination du caractère injuste : d'une part, l'art. 33 parle de ce que les tribunaux estiment injuste dans les conséquences de l'inobservation des conditions légales; d'autre part, l'art. 171 ne porte que sur les conditions injustes, non pas sur leurs conséquences. L'interprétation judiciaire ne peut ignorer ou modifier les différences qui existent entre ces deux types de disposition d'exemption applicables aux contrats d'assurance-incendie; sinon, cela reviendrait à prêter à l'art. 171 un sens que le législateur a choisi de donner exclusivement à l'art. 33.

94 Bien qu'actuellement les art. 33 et 171 ne figurent pas dans la même partie de la *Loi sur les assurances* (ce qui n'était pas le cas il n'y a pas si longtemps, comme il ressort de l'examen du contexte externe

the intention of the legislature. One cannot interpret the explicit language in s. 33 as referring to statutory conditions but fail to notice the absence of such explicit language in s. 171. Their language is distinct.

(c) *Other Provisions*

95 The insurer contends that since the legislature has explicitly referred to "statutory conditions" throughout Part II, Part V and Part VII of the *Insurance Act*, if it had intended the phrase "stipulation, condition or warranty" in s. 171 to apply to "statutory conditions", an explicit reference would have been included. The pattern in the use of a phrase in other parts of an Act is a factor relied upon by the courts to determine the context in statutory interpretation. It is presumed that the legislature uses language carefully and consistently so that within a statute or other legislative instrument the same patterns of expression have the same meaning, and different patterns have different meanings: Sullivan, at pp. 162-66. An example of the application of this presumption is found in this Court's decision in *Ulybel Enterprises*, at para. 42, where Iacobucci J. writes:

> Indeed, had Parliament intended the phrase "any proceeds realized from its disposition" to be limited to proceeds of perishables in ss. 71(1) and 72(1), it could have done so expressly, as it did in s. 70(3), as well as ss. 72(2) and 72(3). Instead, a pattern in the use of the phrase at issue is evident whereby in some sections it is expressly limited to the proceeds of perishables and in other sections it refers more generally to all forms of property seized under the Act and proceeds thereof.

(See also *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 60.)

96 McLachlin C.J. finds little precision in the use of the term "condition" when reading the Act as a whole (para. 18). I disagree. In my view, although the use of the word "condition" might not be totally unequivocal, one must presume, as I indicate above,

que j'aborderai plus loin), ils donnent une bonne indication de l'intention du législateur. On ne saurait interpréter le libellé explicite de l'art. 33 comme renvoyant aux conditions légales sans remarquer l'absence d'un tel libellé dans l'art. 171. Les termes employés sont différents.

c) *Les autres dispositions*

Selon l'assureur, puisque le législateur a explicitement fait référence aux « conditions légales » tout au long des parties II, V et VII de la *Loi sur les assurances*, s'il avait voulu que le membre de phrase « une stipulation, une condition ou une garantie » à l'art. 171 s'applique aux « conditions légales », il l'aurait mentionné expressément. Le modèle qui se dessine quant à l'utilisation d'un membre de phrase dans d'autres parties d'une loi est un facteur sur lequel s'appuient les tribunaux pour déterminer le contexte en matière d'interprétation législative. On présume que le législateur s'exprime avec soin et uniformité de sorte que, dans une loi ou un autre texte législatif, les mêmes modèles d'expression ont la même signification et les modèles différents revêtent des sens différents : Sullivan, p. 162-166. Un exemple de l'application de cette présomption figure dans l'arrêt de la Cour *Ulybel Enterprises*, par. 42, où le juge Iacobucci écrit :

> D'ailleurs, si le législateur avait voulu que les expressions « le produit de leur aliénation » et « le produit de son aliénation » figurant respectivement aux par. 71(1) et 72(1) se limitent au produit de la vente de marchandises périssables, il aurait pu le dire explicitement, comme il l'a fait au par. 70(3) ainsi qu'aux par. 72(2) et 72(3). Au contraire, un modèle se dessine clairement quant à l'utilisation des expressions en cause : dans certains articles, elles sont expressément limitées au produit de la vente des marchandises périssables, alors que dans d'autres dispositions, elles renvoient de façon plus générale à tous les genres de biens saisis en vertu de la Loi et au produit de leur vente.

(Voir aussi *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 60.)

La juge en chef McLachlin estime que l'emploi du terme « condition » donne peu de précisions lorsque la Loi est lue dans son ensemble (par. 18). Je ne suis pas d'accord. À mon avis, bien que l'emploi du mot « condition » ne soit pas complètement sans

that the legislature is consistent and coherent. In the present case, when the legislature wants to refer to "statutory conditions", it does so expressly. In this regard, I note eight examples extracted from the Act:

Notice to insured or insurer

29 Subject to any statutory condition, where the mode of giving a notice for any purpose is not provided, the notice may, in the case of notice by an insurer, be given by mailing it by registered letter to the last known address of the insured on its records or, if there is no such record, to the address of the insured given in his application or by delivering it to the insured and, in the case of notice by an insured, be given by mailing it by registered letter to the last known address of the insurer in the Province or failing that by mailing it by registered letter or delivering it to a licensed agent of the insurer.

Court may relieve against forfeiture

33 Where there has been imperfect compliance with a statutory condition as to the proof of loss to be given by the insured or other matter or thing required to be done or omitted by the insured with respect to the loss, and a consequent forfeiture or avoidance of the insurance in whole or in part, and the court considers it inequitable that the insurance should be forfeited or avoided on that ground, the court may relieve against the forfeiture or avoidance on such terms as it considers just.

Statutory conditions

74 Subject to Section 75, the conditions set forth in the Schedule to this Part shall be deemed to be part of every contract other than a contract of group insurance and shall be printed on or attached to the policy forming part of such contract with the heading "Statutory Conditions".

Omission of statutory condition

75 (1) Where a statutory condition is not applicable to the benefits provided by the contract it may be omitted from the policy or varied so that it will be applicable.

Notice of statutory conditions

76 In the case of a policy of accident insurance of a non-renewable type issued for a term of six months or less or in relation to a ticket of travel, the statutory conditions need not be printed on or attached to the policy if

équivoque, il faut présumer, comme je l'ai indiqué précédemment, que le législateur s'exprime avec uniformité et cohérence. En l'espèce, lorsqu'il veut parler des « conditions légales », il le fait expressément. À cet égard, voici huit exemples tirés de la Loi :

[TRADUCTION]

Avis à l'assuré ou à l'assureur

29 Sous réserve de toute condition légale, les avis, quels qu'ils soient, donnés par l'assureur, lorsqu'il n'est prévu aucun mode de transmission, peuvent être envoyés par courrier recommandé à la dernière adresse connue de l'assuré qui est indiquée dans son dossier ou, en l'absence d'un tel dossier, à l'adresse que l'assuré a indiquée dans sa demande, ou remis en mains propres à l'assuré, et les avis donnés par l'assuré peuvent être envoyés par courrier recommandé à la dernière adresse connue de l'assureur dans la province ou, subsidiairement, envoyés par courrier recommandé ou remis en mains propres à l'agent autorisé de l'assureur.

Le tribunal peut remédier à la déchéance

33 Lorsque l'assuré n'a qu'imparfaitement observé une condition légale portant sur la preuve du sinistre qu'il doit faire ou sur une autre question ou chose qu'il a l'obligation de faire ou de ne pas faire à l'égard du sinistre, qu'il s'ensuit une déchéance ou une annulation totale ou partielle de l'assurance et que le tribunal estime injuste la déchéance ou l'annulation de l'assurance pour ce motif, le tribunal peut remédier à la déchéance ou à l'annulation aux conditions qu'il estime justes.

Conditions légales

74 Sous réserve de l'article 75, les conditions énoncées à l'annexe de la présente partie sont réputées faire partie de tout contrat autre qu'un contrat d'assurance collective et doivent figurer dans la police faisant partie du contrat sous la rubrique « Conditions légales », ou y être annexées.

Omission des conditions légales

75 (1) La condition légale qui ne s'applique pas aux prestations prévues au contrat peut être omise dans la police ou modifiée de façon à devenir applicable.

Avis des conditions légales

76 Dans le cas d'une police d'assurance contre les accidents du type non renouvelable établie pour une durée d'au plus six mois, ou concernant un billet de voyage, il n'est pas nécessaire que les conditions légales figurent

the policy contains the following notice printed in conspicuous type:

> Notwithstanding any other provision herein contained, this contract is subject to the statutory conditions in the *Insurance Act* respecting contracts of accident insurance.

Imperfect compliance with statutory condition

102 Where there has been imperfect compliance with a statutory condition as to any matter or thing to be done or omitted by the insured, person insured or claimant with respect to the loss insured against and a consequent forfeiture or avoidance of the insurance in whole or in part, and a Court before which a question relating thereto is tried deems it inequitable that the insurance should be forfeited or avoided on that ground, the Court may relieve against the forfeiture or avoidance on such terms as it deems just.

"Policy" defined

167 (1) In this Section, "policy" does not include interim receipts or binders.

Statutory conditions

(2) The conditions set forth in the Schedule to this Part shall be deemed to be part of every contract and shall be printed on every policy with the heading "Statutory Conditions" and no variation or omission of or addition to any statutory condition shall be binding on the insured.

Notice of cancellation or alteration

168 . . .

(2) The length of and manner of giving the notice under subsection (1) shall be the same as notice of cancellation to the insured under the statutory conditions in the contract.

97 The latter demonstrates how the legislature is not shy to explicitly refer to the specific type of condition in other sections of the Act. This additional factor further steers the analysis toward the non-application of s. 171 to statutory conditions.

(3) External Context: Legislative History

98 According to Professor Sullivan, "[o]ne of the most effective ways of establishing legislative purpose is to trace the evolution of legislation from its

dans la police ou y soient annexées, si celle-ci contient l'avis suivant en caractères bien apparents :

> Malgré toute autre disposition ci-incluse, le présent contrat est assujetti aux conditions légales de la *Loi sur les assurances* concernant les contrats d'assurance-accident.

Observation imparfaite d'une condition légale

102 Lorsque l'assuré n'a qu'imparfaitement observé une condition légale portant sur une question ou une chose qu'il a l'obligation de faire ou de ne pas faire, en tant que personne assurée ou réclamant, à l'égard du sinistre couvert par l'assurance, qu'il s'ensuit une déchéance ou une annulation totale ou partielle de l'assurance et que le tribunal saisi d'une question y afférente juge injuste la déchéance ou l'annulation de l'assurance pour ce motif, le tribunal peut remédier à la déchéance ou à l'annulation aux conditions qu'il estime justes.

Définition de « police »

167 (1) Dans le présent article, « police » ne s'entend pas des reçus intérimaires ou des polices provisoires.

Conditions légales

(2) Les conditions énoncées à l'annexe de la présente partie sont réputées faire partie de tout contrat et doivent figurer dans chaque police sous la rubrique « Conditions légales »; aucune omission dans une condition légale ni aucun changement ou rajout qui y est apporté ne lient l'assuré.

Notification d'annulation ou de modification

168 . . .

(2) Le délai et le mode de transmission de l'avis prévu au paragraphe (1) sont les mêmes que ceux de l'avis d'annulation envoyé à l'assuré en conformité avec les conditions légales du contrat.

Ce dernier exemple illustre à quel point le législateur n'hésite pas à mentionner explicitement ce type particulier de condition dans d'autres dispositions de la Loi. Cet autre facteur oriente davantage l'analyse vers la non-application de l'art. 171 aux conditions légales.

(3) Contexte externe : historique législatif

Selon la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [u]ne des façons les plus efficaces de dégager l'objet d'une mesure législative consiste à retracer

inception, through successive amendments, to its current form": Sullivan, at p. 218. The author asserts as well, at p. 218:

> Tracing may expose the legislature's past decision to adopt a new policy or strike out in a new direction; it may reveal a gradual trend or evolution in legislative policy; or it may reveal the original purpose of legislation and show that this purpose has remained constant through successive amendments to the present. [Emphasis added.]

It is well established that the legislative evolution may be used to interpret a statute as prior enactments may throw some light on the intention of the legislature in repealing, amending, replacing or adding to a statute: *Ulybel Enterprises*, at para. 33; *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660, at p. 667; Sullivan, at pp. 471-72.

The insurer, in its submissions to this Court, detailed the legislative evolution of s. 171. I reproduce in Appendix B the different enactments of the section from 1899 to the last consolidation in 1989. The evolution of s. 171 shows how predecessor sections have always targeted contractual provisions as opposed to statutory conditions.

The Chief Justice adopts the view that the only accepted canon of interpretation is the one that presumes "that amendments are specifically intended to change the substance of an enactment": Côté, at p. 421. I respectfully disagree. While there might be a presumption of substantive change at common law, it is a presumption which can be rebutted: see Sullivan, at p. 473; Côté, at p. 423. Hence, it is erroneous to presume that in all circumstances legislative amendments signal a change in the law. In fact, amendments could be adopted in order to clarify and educate rather than alter the interpretation of the legislation or, as this Court put it in *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252, at p. 1286, "to make express and explicit what had previously been implicit".

l'évolution de la loi, depuis sa création jusqu'à sa forme actuelle en passant par ses modifications successives » : Sullivan, p. 218. L'auteure affirme en outre (p. 218) :

> [TRADUCTION] La reconstitution peut dévoiler la décision antérieure du législateur d'adopter une nouvelle politique ou de s'engager dans une nouvelle direction; elle peut révéler une tendance ou évolution graduelle dans la politique législative; ou elle peut révéler l'objet initial de la loi et démontrer que cet objet est demeuré inchangé au cours des modifications qui se sont succédées jusqu'à aujourd'hui. [Je souligne.]

99 Il est bien établi que l'évolution législative peut servir à l'interprétation d'une loi, puisque les textes antérieurs sont de nature à jeter de la lumière sur l'intention qu'avait le législateur en les abrogeant, les modifiant, les remplaçant ou y ajoutant : *Ulybel Enterprises*, par. 33; *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660, p. 667; Sullivan, p. 471-472.

100 Dans les observations qu'il a présentées à la Cour, l'assureur a retracé en détail l'évolution de l'art. 171. Je reproduis à l'annexe B les différentes versions de la disposition qui ont été adoptées entre 1899 et 1989, année de la dernière refonte. L'évolution de l'art. 171 montre comment les dispositions qui l'ont précédé ont toujours visé les dispositions contractuelles plutôt que les conditions légales.

101 Selon la Juge en chef, le seul principe d'interprétation reconnu est celui qui présume qu'« une modification [. . .] [a] été faite de propos délibéré en vue d'introduire un changement de règle » : Côté, p. 530. Je regrette de ne pouvoir souscrire à cette opinion. S'il existe une présomption de changement de fond en common law, elle peut être réfutée : voir Sullivan, p. 473; Côté, p. 533. C'est donc une erreur de présumer que, en toutes circonstances, une modification de la loi annonce une modification du droit. En fait, la modification pourrait avoir pour but de préciser et d'instruire et non pas de changer l'interprétation de la loi ou, comme la Cour l'a dit dans *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, p. 1286, « de rendre exprès et explicite ce qui était auparavant implicite ».

102 An example of only "formal change" (contrary to "substantive change") is found in the reasons of Wilson J. in *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106. In that case, this Court had to interpret the expression "anything that disturbs the order or solemnity" in s. 172(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and more specifically decide whether a non-disorderly act that nonetheless disturbed other worshippers because of its ideological significance should be prohibited by the section. Before concluding that it should not, Wilson J. relied on the legislative evolution of the section. She writes at pp. 130-31:

> It is noteworthy that in legislation dating from 1869 disturbance, interruption or disquiet of a religious assembly was only punishable if it took place "by profane discourse, by rude or indecent behaviour, or by making a noise". The Crown argues that the 1953-54 amendment to the section, as part of a major revision to the *Criminal Code*, broadened the section and such restrictions are no longer applicable. This does not, however, appear to have been Parliament's intention.
>
> It seems to me that all Parliament intended to do in enacting s. 161(3) of the 1953-54 *Code* was to use general rather than specific words to cover the types of things which were considered capable of disturbing the order or solemnity of a meeting. I do not believe they were seeking to expand the scope of the provision to cover peaceful acts of defiance of religious authority. I am reinforced in this view by the fact that s. 161 of the 1953-54 *Code* (like s. 172 of the present *Code*) is one of a series of offences falling under the heading "Disorderly Conduct". I believe, therefore, that the word "anything" must be read down so as to extend only to things in the nature of profane discourse, rude or indecent behaviour or making a noise. Where, as in this case, the appellants' acts were peaceful and orderly I would be reluctant to find that an offence had been committed even if the acts did disturb the order or solemnity of the service to the minimal extent found by the trial judge. [Emphasis added.]

103 Thus, it is possible to conclude that "even dramatic changes in wording are meant to simplify or otherwise modernize the style rather than to change the substance of the provision": Sullivan, at p. 477; see also *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at paras. 62-75. I maintain this is the case in the present appeal.

On trouve un exemple de simple « changement de forme » (par opposition à « changement de fond ») dans les motifs de la juge Wilson dans *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106. Dans ce pourvoi, la Cour était appelée à interpréter l'expression « quelque chose qui en trouble l'ordre ou la solennité » du par. 172(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et, plus précisément, à décider si un acte qui, sans troubler l'ordre, dérangeait néanmoins d'autres paroissiens à cause de sa dimension idéologique devrait être interdit par la disposition. Avant de conclure par la négative, la juge Wilson a examiné l'évolution de la disposition. Aux pages 130-131, elle écrit :

> Il est significatif qu'à compter de 1869, la loi ne sanctionne le trouble, l'interruption ou le dérangement d'une assemblée religieuse que si cela est fait « par des discours profanes, ou une conduite grossière ou indécente, ou en faisant du bruit ». La poursuite soutient que la modification de l'article en 1953-54, au moment de la révision en profondeur du *Code criminel*, en a élargi la portée et que ces restrictions ne sont plus applicables. Cela ne paraît cependant pas avoir été l'intention du législateur.
>
> Il me semble qu'en adoptant le par. 161(3) du *Code* de 1953-54, le législateur a tout simplement voulu employer des termes généraux plutôt que spécifiques pour sanctionner les comportements qu'on jugeait susceptibles de perturber l'ordre ou la solennité d'une assemblée. Je ne crois pas qu'il cherchait par là à étendre la portée de la disposition aux actes paisibles de défiance de l'autorité religieuse. Le fait que l'art. 161 du *Code* de 1953-54 (tout comme l'art. 172 du *Code* actuel) fait partie des infractions regroupées sous la rubrique « Inconduite » renforce mon opinion. Je crois donc que l'expression « quelque chose » doit être atténuée de manière à ne viser que les choses telles les discours profanes, la conduite grossière ou indécente ou le tapage. Lorsque, comme en l'espèce, les actes des appelants sont paisibles et ordonnés, j'hésiterais à conclure qu'il y a eu infraction, même si ces actes ont effectivement troublé légèrement l'ordre ou la solennité de l'office comme l'a constaté le juge du procès. [Je souligne.]

Il est donc possible de conclure que [TRADUCTION] « même la modification radicale du libellé est destinée à simplifier, sinon à moderniser le style de la disposition, et non pas à en changer le fond » : Sullivan, p. 477; voir aussi *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 62-75. Je maintiens que c'est le cas en l'espèce.

During its history, as it is evidenced from Appendix B, the relief provision, s. 171, has taken three different forms: one in 1899, another in 1930 and a last one in 1956. In my view, the forms as enacted in 1899 and in 1930 are clear and explicit: the legislature was targeting contractual provisions. The reference to "any condition other than or different from the conditions set forth in section 2 of this Act" in 1899 and then to "the policy may contain a clause not inconsistent with any statutory condition" in 1930 confirm the distinction between statutory and contractual conditions. Both "condition" and "clause" referred to contractual provisions negotiated between the parties, these provisions being different from the statutory conditions mandatorily included in the insurance policy by the legislature. While the legislature may have labelled the contractual provisions from 1899 to 1989 "stipulations", "clauses", "conditions" and "warranties", I contend that at no time did it intend to include statutory conditions under s. 171.

104 Au cours de son histoire, comme il ressort de l'annexe B, la disposition d'exemption, à savoir l'art. 171, a revêtu trois formes différentes : une en 1899, une autre en 1930 et une dernière en 1956. À mon avis, les formes adoptées en 1899 et en 1930 sont claires et explicites : le législateur ciblait les dispositions contractuelles. Les mentions [TRADUCTION] « la condition [. . .] autre que celles énoncées à l'article 2 de la présente loi », en 1899, et [TRADUCTION] « la police peut contenir une clause non incompatible avec une condition légale », en 1930, confirment la distinction entre les conditions légales et les conditions contractuelles. Dans les deux cas, « condition » et « clause » renvoient aux dispositions contractuelles négociées entre les parties, ces dispositions étant différentes des conditions légales dont le législateur a prévu l'inclusion obligatoire dans la police d'assurance. Entre 1899 et 1989, le législateur peut avoir donné aux dispositions contractuelles le titre de « stipulations », « clauses », « conditions » et « garanties », mais j'affirme qu'il n'a jamais eu l'intention de faire en sorte que les conditions légales soient visées par l'art. 171.

C. Brown and J. Menezes in the second edition of their book *Insurance Law in Canada* (1991), at p. 178, explain why this remedial section evolved over the years:

> The much reduced list of statutory conditions remains an unalterable part of the policy as it has been since the 1920's. However, since far fewer matters are now covered by statutory conditions the necessity and freedom of the insurer to deal with the items not mentioned has increased. As a reflection of this, the wording of the section dealing with judicial discretion over the terms of fire policies has been widened so as to preserve that mechanism of control.

105 Dans la deuxième édition de leur ouvrage *Insurance Law in Canada* (1991), p. 178, C. Brown et J. Menezes expliquent pourquoi cette disposition d'exemption s'est modifiée au fil des ans :

> [TRADUCTION] De beaucoup restreinte, la liste des conditions légales demeure une partie immuable de la police, comme elle l'a été depuis les années 1920. Cependant, comme les sujets visés par les conditions légales sont maintenant beaucoup moins nombreux, l'assureur doit davantage traiter des éléments non mentionnés et dispose d'une plus grande liberté pour le faire. De ce fait, la portée du libellé de la disposition traitant du pouvoir discrétionnaire des tribunaux à l'égard des modalités des polices d'assurance-incendie a été élargie dans le but de maintenir ce mécanisme de contrôle.

Later, at p. 188, they state:

> The use of a statutory contract to protect against abuses by insurers in the drafting of policies clearly had to suffer the consequences of being overly rigid and sometimes unworkable. The courts mitigated this rigidity by drawing on the distinction between conditions in a policy and the description of the risk. Where a term in the policy with respect to the use or location of the subject matter seemed eminently reasonable and just, the courts could

Ils affirment plus loin (p. 188) :

> [TRADUCTION] Le recours à un contrat légal comme moyen de protection contre les abus commis par les assureurs dans la rédaction des polices a inévitablement eu pour conséquence que le contrat est excessivement rigide et, parfois, inapplicable. Les tribunaux ont atténué cette rigidité en établissant une distinction entre les conditions de la police et la description du risque. Lorsqu'une stipulation de la police portant sur l'utilisation ou

by-pass the failure to meet the formal requirements with respect to variation of statutory conditions by characterizing the term as part of the description of the risk.

106 Indeed, the number of statutory conditions went from 25 in 1900 to 15 in 1956, the latter being the date when the legislature modified s. 171 to its present form. Hence, with a relatively smaller number of statutory conditions that are mandatory, the legislature, by amending the discretionary relief under s. 171, sought to protect the insured from the increase in contractual conditions that would ensue.

107 Hence, s. 171 was always directed at contractual conditions or, as referred by the Chief Justice, optional conditions.

108 An inquiry into the legislative evolution of s. 33 is also very revealing. The section pinpointed in time is reproduced in Appendix B. Foremost, it is important to note that the relief from forfeiture provision, now s. 33, was in the past a companion to the provision under scrutiny in what was a statute exclusively applicable to fire insurance. From 1899 to 1968, these two provisions were only sections apart, when not one after the other.

109 In 1930, the legislature modified s. 33 (then s. 10) to what is now its current form and more specifically qualified the condition with the word "statutory". At no time did the legislature introduce the same amendments to s. 171, not even in 1956 when the legislature modified s. 171 to adopt the present language and format. It is only in 1966 that the legislature, in s. 2 of *An Act to Amend Chapter 9 of the Acts of 1962, the Insurance Act*, S.N.S. 1966, c. 79, decided to move s. 33 to Part II of the *Insurance Act* and thus give the section application over other classes of insurance beside fire insurance. This amendment was proclaimed on December 17, 1968 and came into force on the 1st day of January 1969. Nonetheless, this does not change the fact that from 1956 to 1968 (and this after the consolidation of all the insurance legislation in 1962 into one Act),

l'emplacement de l'objet de la police semblait éminemment raisonnable et juste, les tribunaux pouvaient faire abstraction du défaut de respecter les exigences formelles relatives à la modification des conditions légales, en considérant que la stipulation en cause fait partie de la description du risque.

Effectivement, le nombre de conditions légales est passé de 25 en 1900 à 15 en 1956, année où le législateur a modifié l'art. 171 pour lui donner le libellé qu'on lui connaît aujourd'hui. C'est donc avec un nombre relativement réduit de conditions légales, qui sont obligatoires, que le législateur a, en modifiant le pouvoir discrétionnaire d'accorder l'exemption prévue à l'art. 171, cherché à protéger l'assuré contre l'augmentation des conditions contractuelles qui s'ensuivrait.

Ainsi, l'article 171 a toujours visé les conditions contractuelles ou, comme les a appelées la Juge en chef, les conditions facultatives.

L'analyse de l'évolution de l'art. 33 est aussi très révélatrice. L'historique chronologique de la disposition est reproduit à l'annexe B. Avant tout, il importe de noter que la disposition relative à la levée de la déchéance, l'actuel art. 33, était par le passé connexe à la disposition à l'étude dans une loi qui s'appliquait exclusivement à l'assurance-incendie. Entre 1899 et 1968, lorsqu'elles ne se suivaient pas, ces deux dispositions n'étaient séparées que de quelques clauses.

En 1930, le législateur a modifié l'art. 33 (l'art. 10 à l'époque) pour lui donner son libellé actuel et, plus précisément, pour qualifier la condition de « légale ». Jamais le législateur n'a adopté les mêmes modifications à l'égard de l'art. 171, pas même en 1956, lorsqu'il lui a donné sa formulation et sa présentation actuelles. Ce n'est qu'en 1966 qu'il a décidé, à l'art. 2 de *An Act to Amend Chapter 9 of the Acts of 1962, the Insurance Act*, S.N.S. 1966, ch. 79, de déplacer l'art. 33 pour l'incorporer dans la partie II de la *Loi sur les assurances*, faisant ainsi en sorte qu'il s'applique aux autres catégories d'assurance que l'assurance-incendie. Cette modification a été adoptée le 17 décembre 1968 et est entrée en vigueur le 1er janvier 1969. Cependant, cela ne change rien au fait que, entre 1956 et 1968 (notamment, après la refonte en 1962 de toutes les lois en

both relief sections were found in the same part of the Act and each had distinct language. They were obviously complementary. Besides, the legislature is presumed to avoid superfluous or meaningless words: Sullivan, at p. 158. In this case, it is clear that the legislature intended to use distinct language differentiating both relief sections.

matière d'assurance pour n'en faire qu'une seule), les deux dispositions d'exemption se trouvaient dans la même partie de la Loi et chacune d'elles avait un libellé distinct. Elles étaient manifestement complémentaires. Par ailleurs, le législateur est censé éviter les termes superflus ou dénués de sens : Sullivan, p. 158. En l'espèce, il est évident que le législateur voulait utiliser un libellé distinct qui différencie les deux dispositions d'exemption.

Section 33 is very specific; it applies to statutory conditions. It is also very wide in its scope, referring to "the proof of loss to be given by the insured or other matter or thing required to be done or omitted by the insured with respect to the loss". The equivalent provision in Saskatchewan has been given a broad interpretation by this Court in *Falk Bros. Industries Ltd. v. Elance Steel Fabricating Co.*, [1989] 2 S.C.R. 778. To extend the application of s. 171, as suggested by the Chief Justice, to cover statutory conditions and the effect of their application in individual cases, would change its character and considerably diminish its value and utility. In my view, the Chief Justice's reasoning leads to the overriding of the legislative intent regarding the character of two parallel and distinct provisions. 110

L'article 33 est très précis : il s'applique aux conditions légales. Il est aussi de portée très étendue, mentionnant [TRADUCTION] « la preuve du sinistre qu'il doit faire ou sur une autre question ou chose qu'il a l'obligation de faire ou de ne pas faire à l'égard du sinistre ». La Cour a donné à la disposition équivalente en Saskatchewan une interprétation large dans *Falk Bros. Industries Ltd. c. Elance Steel Fabricating Co.*, [1989] 2 R.C.S. 778. Étendre l'application de l'art. 171, comme le propose la Juge en chef, pour englober les conditions légales et les effets de leur application dans des cas donnés, modifierait sa nature et diminuerait considérablement sa valeur et son utilité. À mon avis, le raisonnement de la Juge en chef nous amène à faire abstraction de l'intention du législateur quant au caractère de deux dispositions parallèles et distinctes.

In sum, the immediate, broader and external context demonstrate the intention of the legislature to establish a scheme in which s. 171 does not apply to statutory conditions. Section 171's role as a companion to the Statutory Conditions and s. 167(2) is depicted through the evolution of the impugned section. Thus, each section has a special function, and altering their specific exercise would destroy their purpose, but more importantly annihilate the harmony underlying the complete insurance scheme. 111

En somme, les contextes immédiat, général et externe démontrent que le législateur voulait mettre en place un régime où l'art. 171 ne s'appliquerait pas aux conditions légales. L'évolution de la disposition contestée illustre le rôle connexe que joue l'art. 171 à l'égard des conditions légales et du par. 167(2). Chaque disposition a donc une fonction spéciale, et en modifier l'exercice détruirait son objet et, encore plus important, l'harmonie sous-jacente à l'ensemble du régime d'assurance.

V. Precedent

Section 171 and its equivalent in the other provinces has been very rarely tested: Baer and Rendall, at p. 642. The insured argue that the line of cases on the question of relief supports their position.

V. Jurisprudence

L'article 171 et son équivalent dans les autres provinces ont très rarement été contestés : Baer et Rendall, p. 642. Les assurés font valoir que la jurisprudence portant sur la question de l'exemption étaye leur position. 112

I am of the view that these decisions fail to support their argumentation. A number of those cases,

J'estime que ces décisions n'appuient pas leur argumentation. Certaines de ces causes, outre leurs 113

apart from being distinguishable on the facts, dealt with a "vacancy exclusion clause" and not a statutory condition (see *Hirst v. Commercial Union Assurance Co. of Canada* (1978), 8 B.C.L.R. 396 (S.C.), aff'd (1979), 70 B.C.L.R. (2d) 361 (C.A.)), or, in some cases, both with a statutory condition and an exclusion clause (see *Nahayowski v. Pearl Assurance Co.* (1964), 45 W.W.R. 662 (Alta. S.C.); *528852 Ontario Inc. v. Royal Insurance Co.* (2000), 51 O.R. (3d) 470 (S.C.J.)). Not only was an exclusion clause not at issue in this case, but there was no finding regarding its presence in the policy, its applicability or its breach.

114 Moreover, the decisions cited by the insured dealt with the operation of the principles in s. 171 — asking whether a situation was unjust or unreasonable — rather than the nature of the section on statutory conditions (see *Hirst* (C.A.); *528852 Ontario*). McLachlin C.J. refers to the decision of the Alberta Court of Queen's Bench in *Krupich v. Safeco Insurance Co. of America* (1985), 16 C.C.L.I. 18. First, the court in *Krupich* addressed the issue of the relief provision only in *obiter*, after having concluded that the insured had not made a misrepresentation. This occurred in the context of an examination of the consequences of the application of the statutory conditions: *Krupich*, at pp. 27-28. This lower court decision was heavily criticized by Professor Rendall in the annotation to *Krupich*; he maintained, at p. 21, that the reasoning of the Alberta Court of Queen's Bench was very unsound and created confusion between contractual provisions (policy exclusion) and statutory conditions:

> It is not entirely clear whether Moshansky J. intends to say that he is exercising the discretion given him by s. 238(1) [equivalent to s. 171 of the Nova Scotia *Insurance Act*] to defeat a defence under statutory condition 1, a defence under statutory condition 4, or a defence based on a contractual term removing coverage in respect of vacancy extending beyond 30 days. Quite clearly, it is only the third defence which is amenable to Moshansky J.'s discretion under s. 238(1). One would be inclined to think that Moshansky J.'s last statement concerning the

différences sur le plan des faits, portent sur une [TRADUCTION] « clause d'exclusion pour cause d'inoccupation » et non sur une condition légale (voir *Hirst c. Commercial Union Assurance Co. of Canada* (1978), 8 B.C.L.R. 396 (C.S.), conf. par (1979), 70 B.C.L.R. (2d) 361 (C.A.)), ou, dans certains cas, à la fois sur une condition légale et sur une clause d'exclusion (voir *Nahayowski c. Pearl Assurance Co.* (1964), 45 W.W.R. 662 (C.S. Alb.); *528852 Ontario Inc. c. Royal Insurance Co.* (2000), 51 O.R. (3d) 470 (C.S.J.)). Non seulement la présente affaire ne porte pas sur une clause d'exclusion, mais aucune conclusion n'a été formulée quant à la présence d'une telle clause dans la police, à son applicabilité ou à un manquement à son égard.

De plus, les décisions citées par les assurés portent sur l'application des principes établis par l'art. 171 — quant à savoir si une situation était injuste ou déraisonnable — plutôt que sur la nature de la disposition relative aux conditions légales (voir *Hirst* (C.A.); *528852 Ontario*). La juge en chef McLachlin cite la décision de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta dans *Krupich c. Safeco Insurance Co. of America* (1985), 16 C.C.L.I. 18. Tout d'abord, dans *Krupich*, la cour n'a examiné la question de la disposition d'exemption que de manière incidente, après avoir conclu que l'assuré n'avait fait aucune fausse déclaration. Cela s'est produit dans le contexte d'un examen des conséquences de l'application des conditions légales : *Krupich*, p. 27-28. Le professeur Rendall a vivement critiqué la décision de ce tribunal d'instance inférieure dans ses notes relatives à *Krupich*; il a soutenu que le raisonnement de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta était très mal fondé et créait une confusion entre les dispositions contractuelles (exclusions prévues par la police) et les conditions légales (p. 21) :

> [TRADUCTION] On ne sait pas trop si le juge Moshansky veut dire qu'il exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 238(1) [l'équivalent de l'art. 171 de la *Loi sur les assurances* de la Nouvelle-Écosse] pour faire échec à un moyen de défense fondé sur la condition légale 1, sur la condition légale 4 ou sur une modalité contractuelle prévoyant l'annulation de la police en cas d'inoccupation de plus de 30 jours. Il est bien évident que seul le troisième moyen de défense est visé par le pouvoir conféré au juge Moshansky par le par. 238(1).

injustice or unreasonableness of giving effect to "the exclusion of coverage by reason of non-occupancy" is the dominant passage and conveys the meaning that he is only purporting to give relief under s. 238(1) from the effect of a contractual exclusion clause. Unhappily, there is the earlier passage in which Moshansky J. quite clearly says that he would apply s. 238(1) even if he had found a material non-disclosure which would render the contract voidable at the instance of the insurer.

On pourrait être porté à croire que la dernière déclaration du juge Moshansky au sujet du caractère injuste ou déraisonnable de la mise en vigueur de la « disposition relative à l'annulation de la police pour cause d'inoccupation » constitue le passage dominant et signifie qu'il cherche seulement à remédier aux effets d'une clause contractuelle d'exclusion en vertu du par. 238(1). Malheureusement, le juge Moshansky affirme très clairement dans un passage antérieur qu'il appliquerait le par. 238(1) même s'il avait conclu à la non-communication d'un renseignement important qui aurait rendu le contrat susceptible d'annulation à l'initiative de l'assureur.

(The same language was used by MacAdam J. of the Supreme Court of Nova Scotia who concluded that it would be both unjust and unreasonable to give effect to the exclusion of coverage by reason of the non-occupancy (para. 63).)

(Le juge MacAdam, de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, a repris les mêmes termes pour conclure qu'il serait à la fois injuste et déraisonnable de donner effet à l'exclusion pour cause d'inoccupation (par. 63).)

Thus, I echo Professor Rendall's comment and maintain that *Krupich* was wrongfully decided; in any event, the comments of the Alberta Court of Queen's Bench were *obiter*.

115 Je reprends donc les propos du professeur Rendall et confirme que la décision *Krupich* est mal fondée; quoi qu'il en soit, les commentaires de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta n'étaient qu'incidents.

Consequently, I conclude, as previously observed, that this is an appeal where none of the previously decided cases can shed light on the issue and act as precedent.

116 Comme je l'ai précédemment signalé, je conclus donc qu'il s'agit ici d'un pourvoi pour lequel aucune décision antérieure ne saurait faire la lumière sur la question soulevée ni servir de précédent.

VI. Policy Concerns

VI. Considérations d'intérêt général

117 In this appeal, the alleged good intentions of the insured cannot have any impact on the determination of the applicability of s. 171 to statutory conditions. Ignorance of the obligation to disclose (which the insured ought to have known) or the failure to appreciate its materiality will not excuse the insured: E. R. H. Ivamy, *General Principles of Insurance Law* (6th ed. 1993), at p. 174. The fact that the insured did not advise the insurer that the property was vacant because they did not know they had to disclose the information cannot impact on the application of s. 171 to statutory conditions because it would in fact nullify the conditions. By the same token, it is not alleged that Halifax Insurance acted in bad faith when handling the claim of the insured. I reiterate that the consequences of Statutory Condition 4 are not to be examined under s. 171; what must be examined is the condition itself. The conduct of the insured

En l'espèce, les bonnes intentions alléguées des assurés ne peuvent influer sur la détermination de l'applicabilité de l'art. 171 aux conditions légales. L'ignorance de l'obligation de divulguer (que les assurés auraient dû connaître) ou le défaut d'en apprécier l'importance n'excusera pas l'assuré : E. R. H. Ivamy, *General Principles of Insurance Law* (6e éd. 1993), p. 174. Le fait que les assurés n'ont pas avisé l'assureur de l'inoccupation de la propriété parce qu'ils ne savaient pas qu'ils devaient divulguer ce renseignement ne peut avoir d'incidence sur l'application de l'art. 171 aux conditions légales parce que, dans les faits, cette divulgation annulerait les conditions. De même, il n'est pas allégué que Halifax a agi de mauvaise foi lorsqu'elle a traité la réclamation des assurés. Je répète qu'il ne faut pas examiner les conséquences de la condition légale 4 selon l'art. 171; ce qu'il faut examiner, c'est la condition elle-même.

could only be a factor if the Court determined that the relief provision was applicable to statutory conditions; the Court would then have to determine if, in the present case, Statutory Condition 4 was just and reasonable. Considering my conclusion on this first issue, there is no need to embark on the second enquiry.

118 McLachlin C.J. posits that, because s. 171 is unclear and remedial in nature, it should be interpreted in favour of the insured. While the remedial aspect of a section can be relevant in certain circumstances, I do not believe it holds any weight in this situation. In the insurance business, all players, insured as well as insurers, must fulfill their obligations in order to maintain a coherent and definite system. The insurer needs to be able to rely on the insured to provide it with all the material facts regarding the risk. The information that needs to be disclosed by the insured under Statutory Condition 4 is what he or she actually knows or ought reasonably to know. Evidently, the information disclosed is personal and not readily available to the insurer. Hence, how is the insurer supposed to learn of this information? The insurer may never discover the truth until after the loss has been incurred. The insurer has no other tool to determine any change in the risk. Some authors argue that facts which are material in ordinary circumstances may become immaterial if they could have been discovered by the insurer through inquiry: Ivamy, at pp. 154-55. While this may be the general rule, in the case at bar it would be inconceivable and unfair to compel the insurer to contact the insured on a regular basis to confirm no material change to the risk. Furthermore, one needs to remember that the insured were landlords. This business venture which they took upon themselves entailed obligations which they could not escape. Thus, this is not a case of an insurer neglecting the information it received and shutting its eyes to the reality. Halifax Insurance was not wilfully blind; on the contrary, it was completely in the dark.

La conduite des assurés serait un facteur à considérer seulement si la Cour décidait que la disposition d'exemption s'applique aux conditions légales; la Cour devrait alors déterminer si, en l'espèce, la condition légale 4 était juste et raisonnable. Compte tenu de ma conclusion quant à cette première question, je n'ai pas à m'engager dans la deuxième analyse.

La juge en chef McLachlin postule qu'en raison de l'imprécision et de la nature corrective de l'art. 171, celui-ci devrait être interprété en faveur des assurés. Bien que l'aspect correctif d'une disposition puisse dans certaines circonstances être pertinent, je ne crois pas qu'il ait une quelconque importance en l'espèce. Dans le commerce de l'assurance, tous les intervenants, assurés et assureurs, doivent, pour maintenir un système cohérent et bien défini, respecter leurs obligations. L'assureur doit pouvoir se fier à l'assuré pour lui communiquer tous les faits importants concernant le risque. Les renseignements que l'assuré doit divulguer en application de la condition légale 4 sont ceux qu'il connaît véritablement ou dont il est raisonnable de penser qu'il connaisse. De toute évidence, les renseignements divulgués sont personnels et difficilement disponibles pour l'assureur. Comment alors l'assureur est-il censé être au courant de ces renseignements? Il se peut qu'il ne découvre la vérité qu'après le sinistre. Il ne dispose d'aucun autre outil pour déterminer s'il y a changement dans les circonstances constitutives du risque. Certains auteurs affirment que des faits, d'ordinaire importants, peuvent perdre de leur importance si l'assureur aurait pu les découvrir au cours d'une enquête : Ivamy, p. 154-155. Il se peut que ce soit la règle générale, mais en l'espèce il serait injuste et inconcevable d'obliger l'assureur à communiquer régulièrement avec l'assuré pour faire confirmer qu'il n'y a aucun changement dans le risque. De plus, il ne faut pas oublier que les assurés sont des propriétaires. L'entreprise dans laquelle ils se sont lancés comporte des obligations auxquelles ils ne peuvent échapper. Ainsi, il ne s'agit pas d'un cas où l'assureur a négligé les renseignements reçus et a fermé les yeux devant la réalité. Halifax ne s'est pas volontairement aveuglée; au contraire, elle a été tenue dans le noir total.

In the same vein, I adopt the comment of Oland J.A. where she writes, at para. 56:

> Moreover, the wording of Statutory Condition 4 clearly shows that it is the responsibility of the insured to notify the insurer. This reflects the reality that, except in unusual circumstances, the insurer will not otherwise become aware of a change in the risk. The insurer's ability to assess risk and to decline or make adjustments to coverage is an essential feature of the underwriting aspect of insurance. It is also likely that many insureds who think a change might be contrary to Statutory Condition 4 or any other term of their insurance already act cautiously by contacting their insurers. [First emphasis added; second emphasis in original.]

The insurer and the insured need certainty regarding the contract into which they have entered. Their obligations must be definite and precise. They have to be able to rely on the insurance contract without fear that an intervention of the court will modify their rights and obligations.

I am of the view that the interpretation of the *Insurance Act* and the jurisprudence do not support the insured's position.

VII. Conclusion

The *Insurance Act* is a very precisely drafted piece of legislation that is meant to create balance and equilibrium between the duty of disclosure and the tendency toward oppressiveness which freedom of contract permitted (Baer and Rendall, at p. 419). Nonetheless, this structure is not a constitutional requirement and, in the case at bar, the parties did not raise a constitutional issue.

I would dismiss the appeal with costs and affirm the decision of the Court of Appeal.

APPENDIX A

Insurance Act, R.S.N.S. 1989, c. 231

33 Where there has been imperfect compliance with a statutory condition as to the proof of loss to be given by the insured or other matter or thing required to be done or omitted by the insured with respect to the loss, and a

119 Dans la même veine, je retiens le commentaire de la juge Oland, lorsqu'elle écrit (par. 56) :

> [TRADUCTION] En outre, il ressort clairement du libellé de la condition légale 4 que l'assuré a l'obligation d'aviser l'assureur. Cela reflète la réalité que, sauf dans des circonstances inhabituelles, l'assureur ne sera pas autrement au courant d'un changement dans le risque. La faculté qu'a l'assureur d'apprécier le risque et de refuser la garantie ou d'y apporter des changements est une caractéristique essentielle de la souscription en matière d'assurance. Il est également probable que de nombreux assurés, pensant qu'un changement pourrait contrevenir à la condition légale 4 ou à toute autre condition de leur police d'assurance, communiquent déjà, par prudence, avec leur assureur. [Premier soulignement ajouté; second soulignement dans l'original.]

120 L'assureur et l'assuré ont besoin de certitude quant au contrat qu'ils ont conclu. Leurs obligations doivent être bien définies et précises. Ils doivent pouvoir se fier au contrat d'assurance sans craindre qu'une intervention du tribunal vienne modifier leurs droits et obligations.

121 Je pense que l'interprétation de la *Loi sur les assurances* ainsi que la jurisprudence n'appuient pas la position des assurés.

VII. Conclusion

122 La *Loi sur les assurances* est une loi rédigée avec beaucoup de précision dont l'objet est de créer un équilibre entre l'obligation de divulgation et la tendance à l'abus qu'autorise la liberté contractuelle (Baer et Rendall, p. 419). Cependant, cette structure n'est pas une exigence constitutionnelle et, en l'espèce, les parties n'ont pas soulevé de question constitutionnelle.

123 Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de confirmer la décision de la Cour d'appel.

ANNEXE A

Insurance Act, R.S.N.S. 1989, ch. 231

[TRADUCTION]

33 Lorsque l'assuré n'a qu'imparfaitement observé une condition légale portant sur la preuve du sinistre qu'il doit faire ou sur une autre question ou chose qu'il a l'obligation de faire ou de ne pas faire à l'égard du sinistre,

consequent forfeiture or avoidance of the insurance in whole or in part, and the court considers it inequitable that the insurance should be forfeited or avoided on that ground, the court may relieve against the forfeiture or avoidance on such terms as it considers just.

167 . . .

(2) The conditions set forth in the Schedule to this Part shall be deemed to be part of every contract and shall be printed on every policy with the heading "Statutory Conditions" and no variation or omission of or addition to any statutory condition shall be binding on the insured.

171 Where a contract

(a) excludes any loss that would otherwise fall within the coverage prescribed by Section 163; or

(b) contains any stipulation, condition or warranty that is or may be material to the risk including, but not restricted to, a provision in respect to the use, condition, location or maintenance of the insured property,

the exclusion, stipulation, condition or warranty shall not be binding upon the insured if it is held to be unjust or unreasonable by the court before which a question relating thereto is tried.

APPENDIX B

1899 — *The Fire Insurance Policy Act*, S.N.S 1899, c. 30

[In certain cases conditions to be null and void]

26. In case a policy is entered into or renewed containing or including any condition other than or different from the conditions set forth in section 2 of this Act, if the said condition so contained or included is held by the court or judge before whom a question relating thereto is tried to be not just and reasonable, such condition shall be null and void.

[Provision, where by reason of necessity, mistake, etc., conditions as to proof not strictly complied with]

27. (1) Where by reason of necessity, accident or mistake, the conditions of any contract of fire insurance on property in this province as to the proof to be given to the insurer after the occurrence of a fire, have not been strictly complied with; or where, after a statement or proof of loss has been given in good faith by or on behalf of the assured in pursuance of any proviso or condition of

qu'il s'ensuit une déchéance ou une annulation totale ou partielle de l'assurance et que le tribunal estime injuste la déchéance ou l'annulation de l'assurance pour ce motif, le tribunal peut remédier à la déchéance ou à l'annulation aux conditions qu'il estime justes.

167 . . .

(2) Les conditions énoncées à l'annexe de la présente partie sont réputées faire partie de tout contrat et doivent figurer dans chaque police sous la rubrique « Conditions légales »; aucune omission dans une condition légale ni aucun changement ou rajout qui y est apporté ne lient l'assuré.

171 Lorsqu'un contrat :

a) ou bien exclut un sinistre qui serait autrement compris dans la garantie prescrite par l'article 163;

b) ou bien comporte une stipulation, une condition ou une garantie qui est ou peut être importante dans l'appréciation du risque, notamment une disposition relative à l'usage, à l'état, à l'emplacement ou à l'entretien du bien assuré,

l'assuré n'est pas lié par l'exclusion, la stipulation, la condition ou la garantie en cause si elle est jugée injuste ou déraisonnable par le tribunal saisi d'une question y afférente.

ANNEXE B

1899 — *The Fire Insurance Policy Act*, S.N.S. 1899, ch. 30

[TRADUCTION]

[Conditions nulles et non avenues dans certains cas]

26. Est nulle et non avenue la condition comprise ou incluse dans une nouvelle police ou dans un renouvellement de police, autre que celles énoncées à l'article 2 de la présente loi, si le tribunal ou le juge saisi d'une question y afférente juge la condition injuste et déraisonnable.

[Disposition relative à l'observation non rigoureuse des conditions portant sur la preuve, pour cause de nécessité, d'erreur, etc.]

27. (1) Lorsque, pour cause de nécessité, d'accident ou d'erreur, l'assuré n'a pas rigoureusement observé les conditions d'un contrat d'assurance-incendie portant sur un bien situé dans la province quant à la preuve du sinistre qu'il doit faire à l'assureur à la suite de l'incendie; ou lorsque l'assuré, ou son représentant, a transmis de bonne foi à l'assureur un état de la perte ou une preuve du

such contract, the insurer, through its agent or otherwise, objects to the loss upon other grounds than for imperfect compliance with such conditions, or does not within a reasonable time after receiving such statement or proof, notify the assured in writing that such statement or proof is objected to, and what are the particulars in which the same is alleged to be defective, and so from time to time; or where, for any other reason, the court or judge before whom a question relating to such insurance is tried or inquired into, considers it inequitable that the insurance should be deemed void or forfeited by reason of imperfect compliance with such conditions, no objection to the sufficiency of such statement or proof or amended or supplemental statement or proof (as the case may be) shall, in any of such cases, be allowed as a discharge of the liability of the company on such contract of insurance wherever entered into.

1900 — *The Fire Insurance Policies' Act*, R.S.N.S. 1900, c. 147

[In certain cases conditions to be null and void]

6. Where a policy is entered into or renewed containing or including any condition other than or different from the conditions set forth in the first schedule to this Chapter, if the condition so contained or included is held by the court or judge before whom a question relating thereto is tried to be not just and reasonable, such condition shall be null and void.

[Provision, where by reason of necessity, mistake, etc., conditions as to proof not strictly complied with]

7. In any one of the following cases: —

(*a*) Where by reason of necessity, accident or mistake, the conditions of any contract of fire insurance on property in this province as to the proof to be given to the insurer after the occurrence of a fire, have not been strictly complied with; or

(*b*) Where, after a statement or proof of loss has been given in good faith by or on behalf of the assured in pursuance of any proviso or condition of such contract, the insurer, through its agent or otherwise, objects to the loss upon other grounds than for imperfect compliance with such conditions, or does not within a reasonable time after receiving such statement or proof, notify the assured in writing that such statement or proof is objected to, and what are the particulars in which the same is alleged to be defective, and so from time to time; or

sinistre, conformément à toute disposition ou condition du contrat, et que par la suite, l'assureur, par l'entremise de son agent ou par d'autre moyen, s'oppose à la réclamation pour d'autres motifs que l'observation imparfaite de ces conditions ou omet d'aviser l'assuré par écrit qu'il s'oppose à la réclamation, dans un délai raisonnable suivant la réception de l'état ou de la preuve, et de lui préciser quels sont les renseignements qui seraient lacunaires, le cas échéant; ou lorsque, pour tout autre motif, le tribunal ou le juge saisi d'une question connexe estime injuste la déchéance ou l'annulation de l'assurance pour cause d'observation imparfaite de ces conditions, aucune opposition relative à la suffisance de cet état ou de cette preuve ou à un état ou une preuve modifié ou complémentaire (selon le cas) ne peut, en aucun cas, être autorisée de façon à libérer la compagnie de sa responsabilité à l'égard du contrat d'assurance, quel que soit le lieu où il a été conclu.

1900 — *The Fire Insurance Policies' Act*, R.S.N.S. 1900, ch. 147

[TRADUCTION]

[Conditions nulles et non avenues dans certains cas]

6. Est nulle et non avenue la condition comprise ou incluse dans une nouvelle police ou dans un renouvellement de police, autre que celles énoncées dans la première annexe du présent chapitre, si le tribunal ou le juge saisi d'une question y afférente juge la condition injuste et déraisonnable.

[Disposition relative à l'observation non rigoureuse des conditions portant sur la preuve, pour cause de nécessité, d'erreur, etc.]

7. Aucune opposition relative à la suffisance d'un état de la perte ou d'une preuve du sinistre ou à un état ou une preuve modifié ou complémentaire (selon le cas) ne peut, en aucun cas, être autorisée de façon à libérer la compagnie de sa responsabilité à l'égard du contrat d'assurance, quel que soit le lieu où il a été conclu, dans les cas suivants :

a) pour cause de nécessité, d'accident ou d'erreur, l'assuré n'a pas rigoureusement observé les conditions d'un contrat d'assurance-incendie portant sur un bien situé dans la province quant à la preuve du sinistre qu'il doit faire à l'assureur à la suite de l'incendie;

b) l'assuré, ou son représentant, a transmis de bonne foi à l'assureur un état de la perte ou une preuve du sinistre, conformément à toute disposition ou condition du contrat, et par la suite, l'assureur, par l'entremise de son agent ou par un autre moyen, s'oppose à

(*c*) Where, for any other reason, the court or judge before whom a question relating to such insurance is tried or inquired into, considers it inequitable that the insurance should be deemed void or forfeited by reason of imperfect compliance with such conditions,

no objection to the sufficiency of such statement or proof, or amended or supplemental statement or proof (as the case may be) shall, in any of such cases, be allowed as a discharge of the liability of the company on such contract of insurance wherever entered into.

1923 — *The Fire Insurance Policies' Act*, R.S.N.S. 1923, c. 211

[Conditions, when null and void]

6. Where a policy is entered into or renewed containing or including any condition other than or different from the conditions set forth in the first schedule to this Chapter, if the condition so contained or included is held by the court or judge before whom a question relating thereto is tried to be not just and reasonable, such condition shall be null and void.

[Provision, where by reason of necessity, mistake, etc., conditions as to proof not strictly complied with]

7. In any one of the following cases: —

(a) where by reason of necessity, accident or mistake, the conditions of any contract of fire insurance on property in this province as to the proof to be given to the insurer after the occurrence of a fire, have not been strictly complied with; or

(b) where, after a statement or proof of loss has been given in good faith by or on behalf of the assured in pursuance of any proviso or condition of such contract, the insurer, through its agent or otherwise, objects to the loss upon other grounds than for imperfect compliance with such conditions, or does not within a reasonable time after receiving such statement or proof, notify the assured in writing that such statement or proof is objected to, and wha[t] are the particulars in which the same is alleged to be defective, and so from time to time; or

(c) where, for any other reason, the court or judge before whom a question relating to such insurance is tried or inquired into, considers it inequitable that the insurance should be deemed void or forfeited by

la réclamation pour d'autres motifs que l'observation imparfaite de ces conditions ou omet d'aviser l'assuré par écrit qu'il s'oppose à la réclamation, dans un délai raisonnable suivant la réception de l'état ou de la preuve, et de lui préciser quels sont les renseignements qui seraient lacunaires, le cas échéant;

c) pour tout autre motif, le tribunal ou le juge saisi d'une question connexe juge injuste la déchéance ou l'annulation de l'assurance pour cause d'observation imparfaite de ces conditions.

1923 — *The Fire Insurance Policies' Act*, R.S.N.S. 1923, ch. 211

[TRADUCTION]

[Conditions nulles et non avenues]

6. Est nulle et non avenue la condition comprise ou incluse dans une nouvelle police ou dans un renouvellement de police, autre que celles énoncées dans la première annexe du présent chapitre, si le tribunal ou le juge saisi d'une question y afférente juge la condition injuste et déraisonnable.

[Disposition relative à l'observation non rigoureuse des conditions portant sur la preuve, pour cause de nécessité, d'erreur, etc.]

7. Aucune opposition relative à la suffisance d'un état de la perte ou d'une preuve du sinistre ou à un état ou une preuve modifié ou complémentaire (selon le cas) ne peut, en aucun cas, être autorisée de façon à libérer la compagnie de sa responsabilité à l'égard du contrat d'assurance, quel que soit le lieu où il a été conclu, dans les cas suivants :

a) pour cause de nécessité, d'accident ou d'erreur, l'assuré n'a pas rigoureusement observé les conditions d'un contrat d'assurance-incendie portant sur un bien situé dans la province quant à la preuve du sinistre qu'il doit faire à l'assureur à la suite de l'incendie;

b) l'assuré, ou son représentant, a transmis de bonne foi à l'assureur un état de la perte ou une preuve du sinistre, conformément à toute disposition ou condition du contrat, et par la suite, l'assureur, par l'entremise de son agent ou par un autre moyen, s'oppose à la réclamation pour d'autres motifs que l'observation imparfaite de ces conditions ou omet d'aviser l'assuré par écrit qu'il s'oppose à la réclamation, dans un délai raisonnable suivant la réception de l'état ou de

reason of imperfect compliance with such conditions,

no objection to the sufficiency of such statement or proof, or amended or supplemental statement or proof (as the case may be) shall, in any of such cases, be allowed as a discharge of the liability of the company on such contract of insurance wherever entered into.

1930 — *The Fire Insurance Policy Act, 1930*, S.N.S. 1930, c. 7

[Where rate affected or modified by user and etc.]

11. Where the rate of premium is affected or modified by the user, condition, location or maintenance of the insured property, the policy may contain a clause not inconsistent with any statutory condition setting forth any stipulation in respect of such user, condition, location or maintenance, and such clause shall not be deemed a variation of any statutory condition. Such clause shall be binding on the insured only in so far as it is held by the court before which a question relating thereto is tried to be just and reasonable.

[Where imperfect compliance with statutory conditions as to proof, court may relieve against forfeiture]

10. In any case where there has been imperfect compliance with a statutory condition as to the proof or (*sic*) loss to be given by the insured and a consequent forfeiture or avoidance of the insurance, in whole or in part, and the court deems it inequitable that the insurance shall be forfeited or avoided on that ground, the court may relieve against the forfeiture or avoidance on such terms as may seem just.

1954 — *Fire Insurance Policy Act*, R.S.N.S. 1954, c. 100

[Where rate affected or modified by user and etc.]

11 Where the rate of premium is affected or modified by the user, condition, location or maintenance of the insured property, the policy may contain a clause not inconsistent with any statutory condition setting forth any stipulation in respect of such user, condition, location or maintenance, and such clause shall not be deemed a variation of any statutory condition. Such clause shall be binding on the insured only in so far as it is held by the court before which a question relating thereto is tried to be just and reasonable.

la preuve, et de lui préciser quels sont les renseignements qui seraient lacunaires, le cas échéant;

c) pour tout autre motif, le tribunal ou le juge saisi d'une question connexe juge injuste la déchéance ou l'annulation de l'assurance pour cause d'observation imparfaite de ces conditions.

1930 — *The Fire Insurance Policy Act, 1930*, S.N.S. 1930, ch. 7

[TRADUCTION]

[Lorsque le taux varie selon l'utilisateur . . .]

11. Lorsque le taux de la prime varie selon l'utilisateur, l'état, l'emplacement ou l'entretien du bien assuré, la police peut contenir une clause non incompatible avec une condition légale énonçant toute stipulation relative à cet utilisateur, état, emplacement ou entretien, et pareille clause n'est pas réputée modifier quelque condition légale que ce soit. Cette clause ne lie l'assuré que dans la mesure où le tribunal saisi d'une question y afférente juge la clause juste et raisonnable.

[Le tribunal peut remédier à la déchéance en cas d'observation imparfaite d'une condition légale portant sur la preuve]

10. Lorsque l'assuré n'a qu'imparfaitement observé une condition légale portant sur la preuve du sinistre qu'il doit faire, qu'il s'ensuit une déchéance ou une annulation totale ou partielle de l'assurance et que le tribunal juge injuste la déchéance ou l'annulation de l'assurance pour ce motif, le tribunal peut remédier à la déchéance ou à l'annulation aux conditions qu'il estime justes.

1954 — *Fire Insurance Policy Act*, R.S.N.S. 1954, ch. 100

[TRADUCTION]

[Lorsque le taux varie selon l'utilisateur . . .]

11 Lorsque le taux de la prime varie selon l'utilisateur, l'état, l'emplacement ou l'entretien du bien assuré, la police peut contenir une clause non incompatible avec une condition légale énonçant toute stipulation relative à cet utilisateur, état, emplacement ou entretien, et pareille clause n'est pas réputée modifier quelque condition légale que ce soit. Cette clause ne lie l'assuré que dans la mesure où le tribunal saisi d'une question y afférente juge la clause juste et raisonnable.

[Where imperfect compliance with statutory conditions as to proof, court may relieve against forfeiture]

10 In any case where there has been imperfect compliance with a statutory condition as to the proof or (*sic*) loss to be given by the insured and a consequent forfeiture or avoidance of the insurance, in whole or in part, and the court deems it inequitable that the insurance shall be forfeited or avoided on that ground, the court may relieve against the forfeiture or avoidance on such terms as may seem just.

1956 — *Fire Insurance Act*, S.N.S. 1956, c. 6

[Relief from unjust or unreasonable provisions]

16 Where a contract,

(a) excludes any loss that would otherwise fall within the coverage prescribed by Section 5, or

(b) contains any stipulation, condition or warranty that is or may be material to the risk including, but not restricted to, a provision in respect to the use, condition, location or maintenance of the insured property,

the exclusion, stipulation, condition or warranty shall not be binding upon the insured if it is held to be unjust or unreasonable by the court before which a question relating thereto is tried.

[Relief from forfeiture]

19 Where there has been imperfect compliance with a statutory condition as to the proof of loss to be given by the insured and a consequent forfeiture or avoidance of the insurance, in whole or in part, and the court deems it inequitable that the insurance should be forfeited or avoided on that ground, the court may relieve against the forfeiture or avoidance on such terms as may seem just.

1962 — *Insurance Act*, S.N.S. 1962, c. 9

[Relief from unjust or unreasonable provisions]

124 Where a contract,

(a) excludes any loss that would otherwise fall within the coverage prescribed by Section 113, or

(b) contains any stipulation, condition or warranty that is or may be material to the risk including, but not

[Le tribunal peut remédier à la déchéance en cas d'observation imparfaite d'une condition légale portant sur la preuve]

10 Lorsque l'assuré n'a qu'imparfaitement observé une condition légale portant sur la preuve du sinistre qu'il doit faire, qu'il s'ensuit une déchéance ou une annulation totale ou partielle de l'assurance et que le tribunal juge injuste la déchéance ou l'annulation de l'assurance pour ce motif, le tribunal peut remédier à la déchéance ou à l'annulation aux conditions qu'il estime justes.

1956 — *Fire Insurance Act*, S.N.S. 1956, ch. 6

[TRADUCTION]

[Exemption de l'applicabilité des clauses injustes ou déraisonnables]

16 Lorsqu'un contrat :

a) ou bien exclut un sinistre qui serait autrement compris dans la garantie prescrite par l'article 5;

b) ou bien comporte une stipulation, une condition ou une garantie qui est ou peut être importante dans l'appréciation du risque, notamment une disposition relative à l'usage, à l'état, à l'emplacement ou à l'entretien du bien assuré,

l'assuré n'est pas lié par l'exclusion, la stipulation, la condition ou la garantie en cause si elle est jugée injuste ou déraisonnable par le tribunal saisi d'une question y afférente.

[Levée de la déchéance]

19 Lorsque l'assuré n'a qu'imparfaitement observé une condition légale portant sur la preuve du sinistre qu'il doit faire, qu'il s'ensuit une déchéance ou une annulation totale ou partielle de l'assurance et que le tribunal juge injuste la déchéance ou l'annulation de l'assurance pour ce motif, le tribunal peut remédier à la déchéance ou à l'annulation aux conditions qu'il estime justes.

1962 — *Insurance Act*, S.N.S. 1962, ch. 9

[TRADUCTION]

[Exemption de l'application des clauses injustes ou déraisonnables]

124 Lorsqu'un contrat :

a) ou bien exclut un sinistre qui serait autrement compris dans la garantie prescrite par l'article 113;

b) ou bien comporte une stipulation, une condition ou une garantie qui est ou peut être importante

restricted to, a provision in respect to the use, condition, location or maintenance of the insured property,

the exclusion, stipulation, condition or warranty shall not be binding upon the insured if it is held to be unjust or unreasonable by the court before which a question relating thereto is tried.

[Relief from forfeiture]

127 Where there has been imperfect compliance with a statutory condition as to the proof of loss to be given by the insured and a consequent forfeiture or avoidance of the insurance, in whole or in part, and the court deems it inequitable that the insurance should be forfeited or avoided on that ground, the court may relieve against the forfeiture or avoidance on such terms as may seem just.

1967 — *Insurance Act*, R.S.N.S. 1967, c. 148

[Relief from unjust or unreasonable provisions]

126 Where a contract,

(a) excludes any loss that would otherwise fall within the coverage prescribed by Section 115, or

(b) contains any stipulation, condition or warranty that is or may be material to the risk including, but not restricted to, a provision in respect to the use, condition, location or maintenance of the insured property,

the exclusion, stipulation, condition or warranty shall not be binding upon the insured if it is held to be unjust or unreasonable by the court before which a question relating thereto is tried.

[Relief from forfeiture]

129 Where there has been imperfect compliance with a statutory condition as to the proof of loss to be given by the insured and a consequent forfeiture or avoidance of the insurance, in whole or in part, and the court deems it inequitable that the insurance should be forfeited or avoided on that ground, the court may relieve against the forfeiture or avoidance on such terms as may seem just.

1989 — *Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 231

Relief granted by court

171 Where a contract

(a) excludes any loss that would otherwise fall within the coverage prescribed by Section 163; or

dans l'appréciation du risque, notamment une disposition relative à l'usage, à l'état, à l'emplacement ou à l'entretien du bien assuré,

l'assuré n'est pas lié par l'exclusion, la stipulation, la condition ou la garantie en cause si elle est jugée injuste ou déraisonnable par le tribunal saisi d'une question y afférente.

[Levée de la déchéance]

127 Lorsque l'assuré n'a qu'imparfaitement observé une condition légale portant sur la preuve du sinistre qu'il doit faire, qu'il s'ensuit une déchéance ou une annulation totale ou partielle de l'assurance et que le tribunal juge injuste la déchéance ou l'annulation de l'assurance pour ce motif, le tribunal peut remédier à la déchéance ou à l'annulation aux conditions qu'il estime justes.

1967 — *Insurance Act*, R.S.N.S. 1967, ch. 148

[TRADUCTION]

[Exemption de l'application des clauses injustes ou déraisonnables]

126 Lorsqu'un contrat :

a) ou bien exclut un sinistre qui serait autrement compris dans la garantie prescrite par l'article 115;

b) ou bien comporte une stipulation, une condition ou une garantie qui est ou peut être importante dans l'appréciation du risque, notamment une disposition relative à l'usage, à l'état, à l'emplacement ou à l'entretien du bien assuré,

l'assuré n'est pas lié par l'exclusion, la stipulation, la condition ou la garantie en cause si elle est jugée injuste ou déraisonnable par le tribunal saisi d'une question y afférente.

[Levée de la déchéance]

129 Lorsque l'assuré n'a qu'imparfaitement observé une condition légale portant sur la preuve du sinistre qu'il doit faire, qu'il s'ensuit une déchéance ou une annulation totale ou partielle de l'assurance et que le tribunal juge injuste la déchéance ou l'annulation de l'assurance pour ce motif, le tribunal peut remédier à la déchéance ou à l'annulation aux conditions qu'il estime justes.

1989 — *Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 231

[TRADUCTION]

Exemption

171 Lorsqu'un contrat :

a) ou bien exclut un sinistre qui serait autrement compris dans la garantie prescrite par l'article 163;

(b) contains any stipulation, condition or warranty that is or may be material to the risk including, but not restricted to, a provision in respect to the use, condition, location or maintenance of the insured property,

the exclusion, stipulation, condition or warranty shall not be binding upon the insured if it is held to be unjust or unreasonable by the court before which a question relating thereto is tried.

Court may relieve against forfeiture

33 Where there has been imperfect compliance with a statutory condition as to the proof of loss to be given by the insured or other matter or thing required to be done or omitted by the insured with respect to the loss, and a consequent forfeiture or avoidance of the insurance in whole or in part, and the court considers it inequitable that the insurance should be forfeited or avoided on that ground, the court may relieve against the forfeiture or avoidance on such terms as it considers just.

Appeal allowed, BASTARACHE *and* CHARRON JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellants: Kimball Brogan, Wolfville, Nova Scotia.

Solicitors for the respondent: Stewart McKelvey Stirling Scales, Halifax.

b) ou bien comporte une stipulation, une condition ou une garantie qui est ou peut être importante dans l'appréciation du risque, notamment une disposition relative à l'usage, à l'état, à l'emplacement ou à l'entretien du bien assuré,

l'assuré n'est pas lié par l'exclusion, la stipulation, la condition ou la garantie en cause si elle est jugée injuste ou déraisonnable par le tribunal saisi d'une question y afférente.

Levée de la déchéance

33 Lorsque l'assuré n'a qu'imparfaitement observé une condition légale portant sur la preuve du sinistre qu'il doit faire ou sur une autre question ou chose qu'il a l'obligation de faire ou de ne pas faire à l'égard du sinistre, qu'il s'ensuit une déchéance ou une annulation totale ou partielle de l'assurance et que le tribunal estime injuste la déchéance ou l'annulation de l'assurance pour ce motif, le tribunal peut remédier à la déchéance ou à l'annulation aux conditions qu'il estime justes.

Pourvoi accueilli, les juges BASTARACHE *et* CHARRON *sont dissidents.*

Procureurs des appelants : Kimball Brogan, Wolfville, Nouvelle-Écosse.

Procureurs de l'intimée : Stewart McKelvey Stirling Scales, Halifax.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Krystopher Krymowski, Ryan Douglas Marshall, Quinn Mason McFarlane, Michael Peter Schultz, J.J.V. and A.M.V. *Respondents*

and

Attorney General of Canada, League for Human Rights of B'Nai Brith Canada and Canadian Jewish Congress *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* KRYMOWSKI

Neutral citation: 2005 SCC 7.

File No.: 29865.

2004: November 8; 2005: February 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Hate propaganda — Wilful promotion of hatred — Whether Crown failed to prove that wilful promotion of hatred was against "Roma" as particularized in information — Whether trial judge ought to have taken judicial notice of dictionary definitions demonstrating relationship between gypsies and Roma — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 319(2).

After participating in a demonstration in front of a motel housing Roma refugees seeking entry into Canada, the accused were charged under s. 319(2) of the *Criminal Code* with the wilful promotion of hatred against "an identifiable group, to wit Roma, by communicating statements, including the written statements: 'Honk if you hate Gypsies', 'Canada is not a Trash Can', and 'You're a cancer to Canada'". The defence conceded that the Roma are an identifiable group but argued that the demonstrations were directed against "gypsies" and there was no evidence that "Roma" is the same as "gypsies". The trial judge refused to take judicial notice of the shared meaning of these terms. Since the Crown had failed to prove an

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Krystopher Krymowski, Ryan Douglas Marshall, Quinn Mason McFarlane, Michael Peter Schultz, J.J.V. et A.M.V. *Intimés*

et

Procureur général du Canada, Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada et Congrès juif canadien *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* KRYMOWSKI

Référence neutre : 2005 CSC 7.

N° du greffe : 29865.

2004 : 8 novembre; 2005 : 24 février.

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

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

Droit criminel — Propagande haineuse — Fomentation volontaire de la haine — Le ministère public a-t-il été incapable de prouver que la fomentation volontaire de la haine visait les Rom, comme le précisait la dénonciation? — Le juge du procès aurait-il dû prendre connaissance d'office des définitions tirées de dictionnaires démontrant l'existence d'un rapport entre les termes Tsiganes et Rom? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 319(2).

Après avoir participé, devant un motel, à une manifestation contre l'entrée au Canada de Rom revendiquant le statut de réfugié, les accusés ont été inculpés, en vertu du par. 319(2) du *Code criminel*, d'avoir fomenté volontairement la haine contre « un groupe identifiable, les Rom, par la communication de déclarations, y compris les déclarations écrites "Klaxonnez si vous haïssez les Tsiganes", "Le Canada n'est pas une poubelle" et "Vous êtes un cancer pour le Canada" ». La défense a concédé que les Rom constituent un groupe identifiable, mais elle a plaidé que les actes des manifestants visaient les « Tsiganes » (*gypsies*) et qu'aucun élément de preuve n'établissait que les « Rom » et les « Tsiganes » étaient semblables.

essential element of the offence, the trial judge acquitted the accused. The Crown's appeals to the summary conviction appeal court and the Court of Appeal were dismissed.

Held: The appeal should be allowed. The acquittals are set aside and new trials ordered.

The gist of the offence under s. 319(2) is the wilful promotion of hatred against any identifiable group. In this case, the Crown particularized the group as "Roma". The relevant questions were whether the accused made some or all of the statements in the information and whether the statements promoted hatred of the Roma. It was not necessary for the Crown to prove that the terms "gypsies" and "Roma" were interchangeable. It was incumbent upon the trial judge to look at the totality of the evidence and the reference to "gypsies" was but one item to consider. The ethnic flavour to the demonstration, the fact that it was outside a motel housing refugee claimants who were at times described by the witnesses as Roma, and the fact that the Roma people had been persecuted by the Nazis while a Nazi theme was apparent at the demonstration, were all factors to take into account. The trial judge misdirected himself and erred in law by focussing entirely on one statement in the information. As well, the trial judge should have taken judicial notice of dictionary definitions showing that "gypsy" can refer to "Roma", and he should have considered that fact together with the rest of the evidence. [13] [17-20] [24]

Le juge du procès a refusé de prendre connaissance d'office du sens commun de ces termes. Comme le ministère public n'avait pas établi un élément essentiel de l'infraction, le juge du procès a acquitté les accusés. Les appels interjetés par le ministère public devant la cour d'appel des poursuites sommaires, puis en Cour d'appel, ont été rejetés.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Les acquittements sont annulés et de nouveaux procès sont ordonnés.

L'infraction prévue au par. 319(2) est essentiellement la fomentation volontaire de la haine contre un groupe identifiable. En l'espèce, le ministère public a appelé ce groupe les « Rom ». Il fallait se demander si les accusés avaient fait les déclarations alléguées dans la dénonciation ou certaines d'entre elles et si ces déclarations fomentaient la haine contre les Rom. Le ministère public n'était pas tenu de prouver l'interchangeabilité des termes « Tsiganes » et « Rom ». Il incombait au juge du procès d'examiner la totalité de la preuve et l'emploi du mot « Tsiganes » n'était qu'un des éléments à prendre en compte. Le caractère racial de la manifestation, son déroulement devant un motel abritant des revendicateurs du statut de réfugié (que les témoins ont parfois appelés Rom), et le fait que, dans le passé, le peuple Rom avait été persécuté par les nazis — le thème nazi ayant été présent lors de la manifestation — étaient tous des facteurs devant être pris en compte. En portant toute son attention sur une seule des déclarations des accusés selon la dénonciation, le juge du procès s'est trompé quant aux éléments essentiels de l'infraction et il a de ce fait commis une erreur de droit. En outre, le juge du procès aurait dû prendre connaissance d'office des définitions tirées de dictionnaires indiquant que le terme « Tsigane » pouvait renvoyer à un groupe appelé « Rom », puis tenir compte de ce fait ainsi que des autres éléments de la preuve. [13] [17-20] [24]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. McCune* (1998), 131 C.C.C. (3d) 152; *R. v. Groot*, [1999] 3 S.C.R. 664; *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 318(4), 319(2), (3), 839(1).
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

Authors Cited

New Oxford Dictionary of English. Oxford: Clarendon Press, 1998, "gypsy", "rom", romany".
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. McCune* (1998), 131 C.C.C. (3d) 152; *R. c. Groot*, [1999] 3 R.C.S. 664; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 318(4), 319(2), (3), 839(1).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40.

Doctrine citée

New Oxford Dictionary of English. Oxford : Clarendon Press, 1998, « *gypsy* », « *rom* », « *romany* ».
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (O'Connor A.C.J.O., Carthy and MacPherson JJ.A.) (2003), 65 O.R. (3d) 75, 227 D.L.R. (4th) 504, 171 O.A.C. 369, 175 C.C.C. (3d) 112, [2003] O.J. No. 1920 (QL), affirming an order of Ewaschuk J., 2002 CarswellOnt 5516, affirming an order of Otter J. dismissing charges of wilfully promoting hatred, 2000 CarswellOnt 5870. Appeal allowed and new trials ordered.

Jamie C. Klukach and *Eliott Behar*, for the appellant.

David Gomes and *Peter Lindsay*, for the respondents.

Cheryl J. Tobias, for the intervener the Attorney General of Canada.

Marvin Kurz and *Steven Klein*, for the intervener the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada.

Joel Richler and *Matthew Horner*, for the intervener the Canadian Jewish Congress.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

I. Introduction

The respondents were charged with the wilful promotion of hatred arising from their participation in a demonstration to protest against the entry of Roma refugee claimants into Canada. At the conclusion of the Crown's case, the defence called no evidence and argued that the Crown had failed to prove that the wilful promotion of hatred was against "Roma", as particularized in the information. Counsel argued that the evidence showed only that the actions of the demonstrators were directed toward "gypsies" and that there was "no evidence that Roma is the same as Gypsies, similar to Gypsies, related to Gypsies". The trial judge refused to accede to the Crown's requests that he take judicial notice of the shared meaning of the terms, or that he permit the amendment of the information or a reopening of the Crown's case to

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef adjoint O'Connor et les juges Carthy et MacPherson) (2003), 65 O.R. (3d) 75, 227 D.L.R. (4th) 504, 171 O.A.C. 369, 175 C.C.C. (3d) 112, [2003] O.J. No. 1920 (QL), confirmant une ordonnance du juge Ewaschuk, 2002 CarswellOnt 5516, qui avait confirmé une ordonnance du juge Otter rejetant les accusations de fomentation volontaire de la haine, 2000 CarswellOnt 5870. Pourvoi accueilli et nouveaux procès ordonnés.

Jamie C. Klukach et *Eliott Behar*, pour l'appelante.

David Gomes et *Peter Lindsay*, pour les intimés.

Cheryl J. Tobias, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Marvin Kurz et *Steven Klein*, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada.

Joel Richler et *Matthew Horner*, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

I. Introduction

Les intimés ont été accusés d'avoir fomenté volontairement la haine après avoir participé à une manifestation contre l'entrée au Canada de Rom revendiquant le statut de réfugié. Au procès, après que le ministère public eut clos sa preuve, la défense n'en a présenté aucune, soutenant que le ministère public n'avait pas prouvé que la fomentation volontaire de la haine visait les Rom, comme le précisait la dénonciation. Selon elle, la preuve indiquait seulement que les actes des manifestants visaient les Tsiganes (*gypsies* dans la version anglaise) et [TRADUCTION] « aucun élément n'établissait que les Rom et les Tsiganes étaient semblables, identiques ou apparentés ». Les demandes présentées par le ministère public afin que le juge du procès prenne connaissance d'office du sens commun des 1

address this point. He accepted the defence argument that the Crown had failed to establish an essential element of the offence and acquitted the respondents (2000 CarswellOnt 5870). The Crown's appeal to the summary conviction appeal court was dismissed (2002 CarswellOnt 5516) as was its further appeal to the Court of Appeal for Ontario ((2003), 65 O.R. (3d) 75). Leave to appeal to this Court was granted pursuant to s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26.

2 In my view, the trial judge erred in law in finding, in effect, that it was necessary for the Crown to prove that the terms "gypsies" and "Roma" were interchangeable. In focussing on this narrow issue, he failed to consider whether, on the totality of the evidence, the Crown had established that "Roma" were targeted by the accused. Because I have concluded that there must be a new trial, I will only review the facts to the extent necessary to dispose of the appeal.

II. Background

3 Some weeks prior to this incident, there was a large influx of Roma refugee claimants into Canada which attracted considerable media attention and gave rise to some public controversy. On August 26, 1997, about 25 persons participated in a demonstration in front of the Lido Motel in Scarborough, Ontario, which at that time was temporarily housing the refugees while they awaited the outcome of their claims. The demonstration included chants and placards. The placards stated, among other things, "Honk if you hate Gypsies", "Canada is not a Trash Can", "You're a cancer to Canada" and "G.S.T. — Gypsies Suck Tax". The chants included statements such as "Gypsies Out", "How do you like Canada now?" and "White power". Some participants were seen giving the "Sieg Heil" Nazi salute. Nazi and American Confederate flags were used in the demonstration. Some of the clothing, accessories and footwear worn by the demonstrators was described as typical "Skinhead" accoutrements.

termes ou qu'il autorise soit la modification de la dénonciation, soit la réouverture de la preuve sur ce point, ont été rejetées. Le juge du procès a convenu avec la défense qu'un élément essentiel de l'infraction n'avait pas été établi et il a acquitté les intimés (2000 CarswellOnt 5870). Les appels interjetés par le ministère public devant la cour d'appel des poursuites sommaires (2002 CarswellOnt 5516), puis en Cour d'appel de l'Ontario ((2003), 65 O.R. (3d) 75), ont été rejetés. La demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accueillie suivant l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26.

À mon avis, le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant en quelque sorte que le ministère public devait prouver l'interchangeabilité des termes « Tsigane » et « Rom ». En axant son analyse sur cette seule question, il a omis de se demander si, au vu de l'ensemble de la preuve, le ministère public avait établi que la cible des accusés avait été les « Rom ». Comme j'arrive à la conclusion qu'un nouveau procès doit avoir lieu, je n'examinerai que les faits nécessaires pour trancher le pourvoi.

II. Contexte

Quelques semaines avant l'incident, l'arrivée massive au Canada de Rom revendiquant le statut de réfugié a fait l'objet d'une grande couverture médiatique et suscité une certaine controverse au sein de la population. Le 26 août 1997, environ 25 personnes ont manifesté devant le motel Lido de Scarborough, en Ontario, qui abritait alors temporairement des réfugiés en attente d'une décision relative à leurs demandes. Les manifestants ont scandé des slogans et brandi des pancartes où l'on pouvait entre autres lire [TRADUCTION] « Klaxonnez si vous haïssez les Tsiganes », « Le Canada n'est pas une poubelle », « Vous êtes un cancer pour le Canada » et « T.P.S. — Tsiganes Parasites du Système ». Ils ont notamment scandé [TRADUCTION] « Dehors les Tsiganes », « Comment trouvez-vous le Canada maintenant? » et « Le pouvoir aux Blancs ». Certains manifestants ont fait le salut nazi en criant « Sieg Heil ». Un drapeau nazi et un drapeau des confédérés américains ont été exhibés. Certains vêtements, accessoires et chaussures des manifestants s'apparentaient à ceux que portent les « skinheads ».

The Crown alleged that the respondents were amongst the demonstrators. Separate informations establishing the charges under s. 319(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, against both the adults and young persons accused in this matter read as follows:

. . . [the respondents] did wilfully promote hatred against an identifiable group, to wit Roma, by communicating statements, including the written statements: "Honk if you hate Gypsies", "Canada is not a Trash Can", and "You're a cancer to Canada", contrary to the Criminal Code of Canada.

The trial was held for the adult respondents, at the end of which the evidence was admitted in the proceeding against the young persons. For convenience, I will refer to the two separate proceedings as one.

During the course of the trial, the respondents admitted that the Roma were an identifiable group within the meaning of s. 319(2). The admission was confirmed by letter from counsel stating that "the Roma people are an identifiable group which were historically persecuted by the Nazis". Two pages from an article about Nazi persecution of Roma authored by Ian Hancock were attached to the letter. The article referred to Roma and gypsies interchangeably. However, counsel's letter expressly stated that the article excerpt was admitted solely as background and not as any further admission. The record is replete with examples showing that the witnesses, Crown counsel, both defence counsel and the trial judge referred to the refugee claimants indiscriminately as "Roma", "Gypsy Roma" or "Romani Gypsies" throughout the proceedings.

At the conclusion of the Crown's case, the defence called no evidence and closed its case. Following the Crown's closing arguments, the defence made its closing submissions, the main argument being that the Crown had failed to prove an essential element of the offence as charged, namely that the accused wilfully promoted hatred against Roma, as all

Le ministère public a allégué que les intimés se trouvaient parmi les manifestants. Les dénonciations distinctes énonçant les accusations portées sur le fondement du par. 319(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, tant contre les adultes que les mineurs en cause, étaient libellées comme suit : 4

[TRADUCTION] . . . [les intimés] ont fomenté volontairement la haine contre un groupe identifiable, les Rom, par la communication de déclarations, y compris les déclarations écrites « Klaxonnez si vous haïssez les Tsiganes », « Le Canada n'est pas une poubelle » et « Vous êtes un cancer pour le Canada », contrairement au Code criminel du Canada.

Les parties ont consenti à ce que la preuve offerte au procès des intimés adultes vaille également pour les intimés mineurs. Pour simplifier les présents motifs, je ne ferai pas de distinction entre ces deux instances.

Au cours du procès, les intimés ont reconnu que les Rom constituaient un groupe identifiable au sens du par. 319(2). Leurs avocats ont confirmé l'aveu dans une lettre : [TRADUCTION] « le peuple rom est un groupe identifiable que les nazis ont persécuté dans le passé ». Ils y ont joint deux pages d'un article de Ian Hancock portant sur la persécution des Rom par les nazis. Les termes « Rom » et « Tsiganes » y étaient employés indifféremment. Ils ont toutefois précisé dans la lettre que la défense consentait à l'admission en preuve de l'extrait uniquement comme toile de fond. Le dossier regorge d'exemples où, tout au long de l'instance, les témoins, le procureur du ministère public, les deux avocats de la défense et le juge du procès ont utilisé sans distinction les termes [TRADUCTION] « Rom », « Rom tsiganes » et « Tsiganes rom » pour désigner les revendicateurs du statut de réfugié. 5

Une fois close la preuve du ministère public, la défense n'a offert aucun élément pour la réfuter. Après la plaidoirie finale du ministère public, la défense a essentiellement fait valoir que la poursuite n'avait pas prouvé un élément fondamental de l'infraction reprochée, savoir que les accusés avaient fomenté volontairement la haine contre les Rom, 6

evidence pointed to "gypsies", and no evidence linked "gypsies" to Roma.

7 In reply, the Crown submitted that the court could infer, from the wording of the informations, that "Roma" was referable to "gypsy". The trial judge rejected that suggestion. Alternatively, the Crown argued that the court could take judicial notice of that fact, relying on the Hancock article and the author's interchangeable use of the terms "Roma" and "gypsy". The trial judge was unwilling to accept that position. The Crown therefore asked that the informations be amended by inserting the words "a.k.a. gypsies" after the word "Roma". Following a two-day adjournment, the matter was argued more fully. The Crown again invited the court to take judicial notice of the synonymy of "Roma" and "gypsies" based on five dictionary definitions containing definitions of "Roma" and its varying forms ("Rom"; "Romany") and "gypsy".

8 According to the trial judge, the dictionaries did not evince a sufficient degree of uniformity in definitions because several definitions of "Rom" and "Roma" referred only to male gypsies and some dictionary and internet definitions of "gypsy" presented by the defence contained no reference to "Roma". For this reason, and since the issue was "vital and highly contentious", he concluded that the court should not exercise its discretion and take judicial notice on this matter.

9 Immediately after the trial judge's ruling on judicial notice, the Crown applied to reopen its case for the purpose of establishing the fact in issue. The trial judge ruled against the Crown, finding that a reopening at this late stage in the proceedings would be unduly prejudicial to the accused.

10 The trial judge then dismissed the charge against all respondents finding that there was "no evidence whatsoever, or in any form, establishing beyond a reasonable doubt the willful promotion of hatred against Roma or that Roma are one and the same as or also known as Gypsies" nor was there any

toute la preuve ayant porté sur les « Tsiganes » et aucun élément n'établissant un lien entre les « Tsiganes » et les Rom.

Le ministère public a rétorqué que la cour pouvait inférer du libellé des dénonciations que le terme « Rom » pouvait être rattaché à « Tsigane ». Le juge du procès a rejeté cette prétention. Le ministère public a plaidé subsidiairement que la cour pouvait s'appuyer sur l'article de Hancock, où les termes « Rom » et « Tsigane » étaient employés indifféremment, pour prendre connaissance d'office de la synonymie, mais le juge du procès a refusé de le faire. Le ministère public a donc demandé l'autorisation de modifier les dénonciations par l'insertion des mots [TRADUCTION] « aussi appelés Tsiganes » après les mots « les Rom ». Après un ajournement de deux jours, la question a été débattue plus à fond. Le ministère public a de nouveau invité la cour à prendre connaissance d'office de la synonymie de « Rom » et de « Tsigane » en s'appuyant sur la définition de « Rom » et de ses variantes, et de « Tsigane », tirée de cinq dictionnaires.

Selon le juge du procès, les définitions des dictionnaires manquaient d'uniformité parce que plusieurs définitions de « Rom » ne renvoyaient qu'aux hommes tsiganes et que certaines définitions de « Tsigane » trouvées par la défense dans des dictionnaires et sur Internet ne renvoyaient pas aux Rom. Pour ce motif, et comme il s'agissait d'une question « cruciale et fort litigieuse », le juge a conclu que la cour ne devait pas exercer son pouvoir discrétionnaire et prendre connaissance d'office de la synonymie alléguée.

Immédiatement après cette décision, le ministère public a sollicité la réouverture de sa preuve dans le but d'établir le fait en cause. Il a été débouté, la réouverture à ce stade avancé de l'instance ayant été jugée indûment préjudiciable aux accusés.

Le juge du procès a ensuite rejeté l'accusation à l'égard de tous les intimés, concluant qu'il n'existait [TRADUCTION] « aucune preuve que ce soit, sous quelque forme, établissant hors de tout doute raisonnable qu'ils avaient fomenté volontairement la haine contre les Rom, que Rom et Tsiganes

evidence that "Gypsies is a pejorative term for Roma as contended by the Crown" (paras. 35-36).

For brief reasons delivered orally, the summary conviction appeal court judge dismissed the Crown's appeal, essentially finding no reason for interfering with the trial judge's conclusions. On further appeal to the Court of Appeal for Ontario, the court dismissed the Crown's appeal, on the basis that the summary conviction appeal judge had properly declined to interfere with the trial judge's exercise of discretion in regard to judicial notice, amending the information and reopening the Crown's case. The court expressed the view that the relative consistency between the dictionary definitions should probably have led to the trial judge taking judicial notice of those definitions. However, the court concluded that the summary conviction appeal judge's rejection of the appeal on this ground was based on his assessment that, based on the evidence, taking judicial notice would not have changed the outcome of the trial, and, as such, the issue did not raise a question of law. Consequently, the Court of Appeal held that the matter was beyond the court's appellate jurisdiction under s. 839(1) of the *Criminal Code*.

III. Issues

The Crown argued that the courts below erred in law in their approach to the taking of judicial notice, the amendment of the information, and the reopening of the Crown's case. I do not find it necessary to deal with the questions raised on this appeal as three discrete issues. All three issues were raised at trial in an attempt to meet the defence's contention, accepted by the trial judge, that it was incumbent upon the Crown to establish that "gypsies" and "Roma" were interchangeable terms in order to prove its case. Hence, I propose to deal with the single issue of whether the trial judge erred in adopting this approach. In doing so, I will comment on the taking of judicial notice to the extent that the trial judge was requested to do so. However, I do not find

formaient un seul et même groupe ou que les Rom étaient également appelés Tsiganes », ou encore que [TRADUCTION] « le terme "Tsiganes" était employé péjorativement pour désigner les Rom, comme le prétendait le ministère public » (par. 35-36).

11 Le juge de la cour d'appel des poursuites sommaires a rejeté l'appel du ministère public et rendu de brefs motifs oraux à l'appui. Il a essentiellement conclu qu'il n'y avait pas lieu de modifier les conclusions du juge du procès. Saisie à son tour, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel du ministère public au motif que le juge de la cour d'appel des poursuites sommaires avait à bon droit refusé de s'ingérer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de faire droit ou non aux demandes relatives à la connaissance d'office, à la modification de la dénonciation et à la réouverture de la preuve du ministère public. La Cour d'appel a estimé que l'uniformité relative des définitions des dictionnaires aurait probablement dû amener le juge du procès à en prendre connaissance d'office. Selon elle, toutefois, le juge de la cour d'appel des poursuites sommaires avait rejeté l'appel parce que, compte tenu de l'ensemble de la preuve, prendre connaissance d'office des définitions n'aurait pas changé l'issue du procès et, de ce fait, aucune question de droit n'était soulevée. Elle a donc statué que l'affaire ne relevait pas de sa compétence suivant le par. 839(1) du *Code criminel*.

III. Questions en litige

12 Le ministère public fait valoir que les tribunaux inférieurs ont commis une erreur de droit relativement à la connaissance d'office, à la modification de la dénonciation et à la réouverture de la preuve. À mon avis, point n'est besoin de considérer les questions soulevées comme trois questions distinctes dans le présent pourvoi. Toutes trois ont été invoquées au procès pour contrer l'argument de la défense auquel a fait droit le juge du procès, savoir que, pour établir le bien-fondé de ses allégations, le ministère public devait démontrer que les termes « Tsigane » et « Rom » étaient synonymes. Je propose donc d'examiner une seule question : la position du juge du procès était-elle erronée? Ce faisant, je me pencherai sur la connaissance d'office, dans la

it necessary to discuss any of the principles governing the amendment of the information or the reopening of the Crown's case.

IV. Analysis

13 The gist of the offence under s. 319(2) of the *Criminal Code* is the wilful promotion of hatred against any identifiable group. The provision reads as follows:

319. . . .

(2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of

(*a*) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or

(*b*) an offence punishable on summary conviction.

14 The term "identifiable group" is defined in s. 318(4) as meaning

any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin.

15 Certain defences are set out under s. 319(3):

319. . . .

(3) No person shall be convicted of an offence under subsection (2)

(*a*) if he establishes that the statements communicated were true;

(*b*) if, in good faith, he expressed or attempted to establish by argument an opinion on a religious subject;

(*c*) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to be true; or

(*d*) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred toward an identifiable group in Canada.

mesure où elle a fait l'objet d'une demande adressée au juge du procès. Je n'estime cependant pas nécessaire d'examiner l'un ou l'autre des principes régissant la modification de la dénonciation ou la réouverture de la preuve du ministère public.

IV. Analyse

L'infraction prévue au par. 319(2) du *Code criminel* est essentiellement la fomentation volontaire de la haine contre un groupe identifiable :

319. . . .

(2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, fomente volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable :

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Selon le par. 318(4), « groupe identifiable » s'entend de

toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique.

Le paragraphe 319(3) énumère certains moyens de défense :

319. . . .

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (2) dans les cas suivants :

a) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies;

b) il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou tenté d'en établir le bien-fondé par discussion;

c) les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies;

d) de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.

The constitutional validity of s. 319(2) was upheld by this Court in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, on the basis that the terms of s. 319(2) created "a narrowly confined offence", the essence of which was summarized as follows (at pp. 785-86):

> To summarize the above discussion, in light of the great importance of Parliament's objective and the discounted value of the expression at issue I find that the terms of s. 319(2) create a narrowly confined offence which suffers from neither overbreadth nor vagueness. This interpretation stems largely from my view that the provision possesses a stringent *mens rea* requirement, necessitating either an intent to promote hatred or knowledge of the substantial certainty of such, and is also strongly supported by the conclusion that the meaning of the word "hatred" is restricted to the most severe and deeply-felt form of opprobrium. Additionally, however, the conclusion that s. 319(2) represents a minimal impairment of the freedom of expression gains credence through the exclusion of private conversation from its scope, the need for the promotion of hatred to focus upon an identifiable group and the presence of the s. 319(3) defences. [Emphasis added.]

Although the relevant provisions of the *Criminal Code* have since been amended, the changes are immaterial to our discussion.

In short, it was necessary for the Crown in this case to prove that the respondents, by communicating statements other than in private conversation, wilfully promoted hatred against a section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin. The arguments presented at trial and on this appeal all only relate to the requirement that the hatred be against an identifiable group as so defined. The Crown in this case particularized this group as being "Roma". The defence conceded that Roma are an identifiable group within the meaning of s. 319(2). The sole remaining question in respect of this essential element of the offence became whether Roma were the target of the respondents' conduct.

As noted earlier, the informations also particularized the manner in which the offence was committed: "by communicating statements, including the written statements: 'Honk if you hate Gypsies',

16 La constitutionnalité du par. 319(2) a été confirmée dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, où notre Cour a dit que le texte de ce paragraphe créait « une infraction aux limites étroites », résumant son essence comme suit (p. 785-786) :

> Pour résumer l'analyse qui précède, vu la grande importance de l'objectif visé par le législateur et la valeur réduite de l'expression en cause, je conclus que le texte du par. 319(2) crée une infraction aux limites étroites, qui ne pèche ni par une portée excessive ni par l'imprécision. Cette interprétation découle dans une large mesure de ce que, selon moi, cette disposition pose une exigence rigoureuse concernant la *mens rea*, savoir l'intention de fomenter la haine ou la connaissance de la forte probabilité d'une telle conséquence; cette interprétation est en outre fortement appuyée par la conclusion que le sens du mot « haine » se limite à l'opprobre le plus marqué et le plus profondément ressenti. De plus, la conclusion que le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression est étayée par le fait qu'il exclut la conversation privée de son champ d'application, qu'il exige que la fomentation de la haine vise un groupe identifiable et qu'il est prévu divers moyens de défense au par. 319(3). [Je souligne.]

Les dispositions pertinentes du *Code criminel* ont été modifiées depuis, mais les modifications apportées n'ont aucune incidence sur la présente analyse.

17 En somme, le ministère public devait en l'espèce prouver que les intimés avaient, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, fomenté volontairement la haine contre une section du public qui se différenciait des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique. Les arguments formulés au procès et dans le cadre du présent pourvoi portent seulement sur l'exigence que la haine vise un groupe identifiable au sens de la loi. Le ministère public a appelé ce groupe les « Rom ». La défense a reconnu que les Rom constituaient un groupe identifiable au sens du par. 319(2). La seule question à trancher relativement à cet élément essentiel de l'infraction était donc de savoir si les actes des intimés avaient eu pour cible les Rom.

18 Rappelons que les dénonciations donnaient également des détails sur la façon dont avait été commise l'infraction : [TRADUCTION] « par la communication de déclarations, y compris les déclarations

'Canada is not a Trash Can', and 'You're a cancer to Canada'". Particulars define the factual transaction that the prosecution must prove to support a conviction: *R. v. McCune* (1998), 131 C.C.C. (3d) 152 (B.C.C.A.); *R. v. Groot*, [1999] 3 S.C.R. 664. To make out the offence, however, there was no need to prove any "interchangeability" between the specific hateful terms employed and the name by which the target group was identified in the information. The relevant questions to be asked with respect to this element of the offence were whether the Crown had proved beyond a reasonable doubt that the respondents made some or all of the statements alleged in the information and whether the statements made, as a matter of fact, promoted hatred of the Roma.

19 It was incumbent upon the trial judge to look at the totality of the evidence and draw appropriate inferences to determine whether the respondents intended to target "any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin", in this case, the Roma people. Several items of evidence potentially related to this issue. The reference to "gypsies" was but one item of evidence to consider. To illustrate the point, it may be useful to consider whether the offence could be made out even if the demonstrators had made the same statements but without using the word "gypsies". Among other things, the trial judge in his reasons for judgment referred to the following evidence as fact: (1) the motel outside of which the respondents demonstrated was temporarily housing the refugee claimants who were awaiting the outcome of their claims; (2) some of the participants were seen giving the "Sieg Heil" Nazi salute; (3) Nazi and American Confederate flags were used in the demonstration; and (4) the chant "White Power" was heard during the demonstration. Furthermore, the defence concession expressly linked Nazi persecution to the "Roma people".

20 Hence, the ethnic flavour to the demonstration, the fact that it was situated outside a motel housing refugee claimants who were at times described by the witnesses as Roma, and the fact that Roma people are a group historically persecuted by the Nazis while the Nazi theme was apparent at the

écrites "Klaxonnez si vous haïssez les Tsiganes", "Le Canada n'est pas une poubelle" et "Vous êtes un cancer pour le Canada" ». Les détails délimitent les faits que la poursuite doit prouver pour obtenir une déclaration de culpabilité : *R. c. McCune* (1998), 131 C.C.C. (3d) 152 (C.A.C.-B.); *R. c. Groot*, [1999] 3 R.C.S. 664. Or, pour établir la perpétration de l'infraction, il n'était pas nécessaire de prouver l'interchangeabilité des termes haineux employés et de l'appellation du groupe cible dans la dénonciation. Il fallait se demander, quant à cet élément de l'infraction, si le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que les intimés avaient fait les déclarations alléguées dans la dénonciation ou certaines d'entre elles et si, effectivement, les déclarations fomentaient la haine contre les Rom.

Il incombait au juge du procès d'examiner la totalité de la preuve et de tirer les inférences appropriées pour déterminer si l'intention des intimés était de viser une « section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique », en l'occurrence les Rom. Plusieurs éléments de preuve pouvaient se rapporter à cette question. L'emploi du mot « Tsiganes » n'était qu'un des éléments à prendre en compte. En effet, l'infraction aurait-elle pu aussi être établie si les manifestants avaient fait les mêmes déclarations, mais sans utiliser le mot « Tsiganes »? Dans ses motifs, le juge du procès a notamment tenu les faits suivants pour avérés : (1) le motel devant lequel les intimés ont manifesté hébergeait temporairement des revendicateurs du statut de réfugié qui attendaient que l'on statue sur leurs demandes; (2) des témoins ont vu certains manifestants exécuter le salut nazi en criant « Sieg Heil »; (3) un drapeau nazi et un drapeau des confédérés américains ont été exhibés; (4) le slogan « Le pouvoir aux Blancs » a été scandé. De plus, l'aveu de la défense établissait expressément un lien entre la persécution nazie et « le peuple rom ».

Ainsi, pour déterminer si les Rom étaient la cible de la propagande haineuse, il fallait tenir compte non seulement des termes utilisés par les intimés, mais également du caractère racial de la manifestation, de son déroulement devant un motel abritant des revendicateurs du statut de réfugié (que les témoins ont

demonstration were all factors to consider, in addition to the actual words used, in determining whether Roma were the target of the hate speech. In focussing entirely on one of the specific statements particularized in the information, the trial judge misdirected himself as to the essential elements of the offence. In doing so, he erred in law.

parfois appelés Rom), et du fait que, dans le passé, le peuple Rom avait été persécuté par les nazis, le thème nazi ayant été présent lors de la manifestation. En portant toute son attention sur une seule des déclarations des intimés selon la dénonciation, le juge du procès s'est trompé quant aux éléments essentiels de l'infraction et il a de ce fait commis une erreur de droit.

In addition, I will deal briefly with judicial notice in the context in which it arose in this case.

21 Il convient en outre d'examiner brièvement la question de la connaissance d'office dans le contexte où elle s'est posée en l'espèce.

A court may accept without the requirement of proof facts that are either "(1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons; or (2) capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy": *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32, at para. 48. The dictionary meaning of words may fall within the latter category: see J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at § 9.13 and § 19.22.

22 Une cour de justice peut tenir pour avérés sans exiger de preuve à l'appui : « (1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l'objet de débats entre des personnes raisonnables; (2) ceux dont l'existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l'exactitude est incontestable » : *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32, par. 48. La définition du dictionnaire peut entrer dans cette dernière catégorie : voir J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2e éd. 1999), § 19.13 et § 19.22.

The Crown presented the trial judge with five dictionaries demonstrating a relationship between "Roma" and "gypsy". For example, the *New Oxford Dictionary of English* (1998) contained the following definitions:

23 En première instance, le ministère public a offert les définitions de cinq dictionnaires établissant un lien entre « Rom » et « Tsiganes ». Par exemple, le *New Oxford Dictionary of English* (1998) contenait les définitions suivantes :

gypsy (also **gipsy**): **noun** (pl. **-ies**) a member of a travelling people with dark skin and hair, speaking a language (Romany) related to Hindi, and traditionally living by seasonal work, itinerant trade, and fortune-telling. Gypsies are now found mostly in Europe, parts of North Africa, and North America, but are believed to have originated in the Indian subcontinent.

[TRADUCTION]

Tsigane [« ***gypsy*** », aussi « ***gipsy*** »] : n.m. et f. Membre d'un peuple nomade ayant la peau et les cheveux foncés, parlant une langue (le romani) apparentée à l'hindi et vivant traditionnellement de travaux saisonniers, de commerce itinérant et de cartomancie. De nos jours, on retrouve les Tsiganes surtout en Europe, dans certaines parties de l'Afrique du Nord et en Amérique du Nord, mais on croit qu'ils sont originaires du sous-continent indien.

Rom: noun (pl. **Roma**/. . .) a gypsy, especially a man.

Rom [« ***Rom*** », pl. « ***Roma*** »] : n.m. Tsigane, en particulier un homme tsigane.

– ORIGIN mid 19th cent.: abbreviation of **ROMANY**.

– ORIGINE : milieu du XIXe s. : abréviation de **ROMANI**.

Romany. . . **noun** (pl. **-ies**) **1** (mass noun) the language of the gypsies, which is an Indo-European language related

Romani [« ***Romany*** »] : n.m. **1** Langue indo-européenne des Tsiganes apparentée à l'hindi. Elle compte environ un

to Hindi. It is spoken by a dispersed group of about 1 million people, and has many dialects.
2 A gypsy.

24 The dictionary definitions presented to the trial judge hence showed that "gypsy" can refer to an ethnic group properly known as "Roma", "Rom", or "Romany". I see no reason why the trial judge should not have taken judicial notice of that fact and then considered it, together with the rest of the evidence, to determine whether there was proof beyond a reasonable doubt that the respondents did in fact intend to target Roma.

V. Disposition

25 For these reasons, I would allow the appeal, set aside the acquittals and order new trials.

Appeal allowed and new trials ordered.

Solicitor for the appellant: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondents: David Gomes and Peter Lindsay, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada: David Matas, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Canadian Jewish Congress: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

million de locuteurs dispersés et de nombreux dialectes.
2 Tsigane.

Il ressortait donc de ces définitions que le terme « Tsigane » pouvait renvoyer à un groupe ethnique appelé à juste titre « Rom » ou « Romani ». Je ne vois pas pourquoi le juge du procès n'aurait pas dû prendre connaissance d'office de ce fait puis en tenir compte, ainsi que des autres éléments de la preuve, pour décider s'il était prouvé hors de tout doute raisonnable que les intimés avaient réellement voulu viser les Rom.

V. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les acquittements et d'ordonner de nouveaux procès.

Pourvoi accueilli et nouveaux procès ordonnés.

Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intimés : David Gomes et Peter Lindsay, Toronto.

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

Procureur de l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada : David Matas, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Vasiliki Tsiaprailis *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: TSIAPRAILIS *v.* CANADA

Neutral citation: 2005 SCC 8.

File No.: 29777.

2004: November 4; 2005: February 25.

Present: Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Computation of employment income — Disability insurance benefits — Surrogatum principle — Taxpayer's disability insurance benefits terminated by insurer — Taxpayer suing insurer and settling claim on basis of lump sum payment — Release denying all liability on part of insurer — Whether lump sum payment made "pursuant to a disability insurance plan" — Whether portion of lump sum based on amount owing for past disability benefits taxable — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 6(1)(f).

T was seriously injured in a car accident and received long-term disability benefits in accordance with her employer's insurance policy. When the insurer terminated her benefits more than eight years later, T sued the insurer for a declaration that she was entitled to a continuation of these benefits. The parties settled and T received a lump sum payment of $105,000 after signing a release in which the insurer denied all liability. For the 1996 taxation year, the Minister of National Revenue reassessed T to include the full $105,000 as income, however, the Tax Court of Canada set aside the Minister's decision, holding that the lump sum settlement was not taxable. The Federal Court of Appeal allowed the Minister's appeal on the basis that the portion of the lump sum payment attributable to benefits arrears was made to replace monies "payable . . . on a periodic basis . . . pursuant to a disability insurance plan" and was therefore taxable under s. 6(1)(*f*) of the *Income Tax Act*.

Vasiliki Tsiaprailis *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : TSIAPRAILIS *c.* CANADA

Référence neutre : 2005 CSC 8.

N° du greffe : 29777.

2004 : 4 novembre; 2005 : 25 février.

Présents : Les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu d'emploi — Prestations d'assurance invalidité — Principe de la substitution — Arrêt par l'assureur du versement des prestations d'assurance invalidité — Poursuite intentée contre l'assureur par le contribuable et réglée par le paiement d'une somme forfaitaire — Renonciation dégageant l'assureur de toute responsabilité — La somme forfaitaire a-t-elle été versée « en vertu d'un régime d'assurance invalidité »? — La partie de la somme forfaitaire correspondant à des prestations d'invalidité échues est-elle imposable? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 6(1)f).

Grièvement blessée lors d'un accident de voiture, T a touché des prestations d'invalidité de longue durée en conformité avec la police d'assurance de son employeur. Lorsque, plus de huit ans après le début des versements, l'assureur a mis fin à ceux-ci, T a intenté une action contre l'assureur en vue d'obtenir un jugement déclarant qu'elle avait toujours droit aux prestations d'invalidité. Par suite d'un règlement intervenu entre les parties, T a touché une somme forfaitaire de 105 000 $ après avoir signé une renonciation dans laquelle l'assureur niait toute obligation de sa part. Le ministre du Revenu national a établi, pour l'année d'imposition 1996, une nouvelle cotisation ajoutant la somme de 105 000 $ en entier au revenu de T, mais la Cour canadienne de l'impôt a annulé la décision du ministre, concluant que la somme forfaitaire n'était pas imposable. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel du ministre pour le motif que la partie de la somme forfaitaire représentant des prestations déjà échues visait à remplacer une indemnité « payable périodiquement [. . .] en vertu [. . .] [d']un régime d'assurance invalidité » et était imposable en application de l'al. 6(1)*f*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Held (Major, LeBel and Abella JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Bastarache, Binnie, Deschamps and Charron JJ.: The portion of the lump sum settlement intended to compensate T for past disability benefits was "payable . . . on a periodic basis . . . pursuant to a disability insurance plan" and is taxable within the meaning of s. 6(1)(*f*). To conclude that the payment for past benefits was not made "pursuant to" the insurance disability plan because it was paid to obtain a release from liability under the policy is to render the *surrogatum* principle meaningless. The fact that the parties may have used a taxable item as the reference point in calculating damages or negotiating a settlement does not conclusively determine whether the damages or settlement monies are taxable or non-taxable. Rather, the taxability will depend on the nature of the settled interest. There are two determinative questions: first, what was the payment intended to replace? Second, would the replaced amount have been taxable in the recipient's hands? In this case, the evidence is clear and cogent: part of the settlement monies was intended to replace past disability payments and such payments, had they been paid to T, would have been taxable under s. 6(1)(*f*). [13] [15-16]

Per Major, LeBel and Abella JJ. (dissenting): The lump sum payment was not made "pursuant to a disability insurance plan" and is therefore not taxable under s. 6(1)(*f*). Absent a contrary statutory provision or evidence of a sham, the legal realities of a transaction will be respected for tax purposes. In this case, the payment resulted from a court action seeking declaratory rights arising from and in consequence of disputed eligibility under a disability policy. The parties settled to avoid a judicial determination of what amounts, if any, were owed under the policy, and a lump sum was paid to extinguish any liability for claims that might be asserted because of the disability policy. A payment "resulting from" an insurance policy but made pursuant to a *bona fide* lump sum settlement agreement should not be recharacterized as a payment made "pursuant to" that policy. [39] [56-58]

Even if the *surrogatum* principle applies, which is doubtful in the circumstances, the arrears would not be taxable. Damage and settlement payments are inherently neutral for tax purposes and must be compartmentalized

Arrêt (les juges Major, LeBel et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Bastarache, Binnie, Deschamps et Charron : La portion de la somme forfaitaire correspondant aux prestations échues était « payable périodiquement [. . .] en vertu [. . .] [d']un régime d'assurance invalidité » et est imposable en application de l'al. 6(1)*f*). A pour effet de priver de son sens le principe de la substitution le fait de conclure que la somme payée au titre des prestations échues n'a pas été payée « en vertu » du régime d'assurance invalidité parce qu'elle a été versée afin de libérer l'assureur de toute obligation sous le régime de la police. L'utilisation d'un élément de référence imposable pour fixer le montant des dommages-intérêts ou négocier un règlement n'est pas déterminante pour statuer sur le caractère imposable ou non de la somme en question. L'imposabilité de cette somme dépend plutôt de la nature du droit faisant l'objet du règlement. Deux questions sont décisives : Premièrement, que visait à remplacer le paiement? Deuxièmement, l'élément remplacé aurait-il été imposable pour la personne qui en a bénéficié? En l'espèce, la preuve est claire et convaincante : une partie de la somme forfaitaire visait à remplacer des prestations d'invalidité échues et ces prestations auraient été imposables en vertu de l'al. 6(1)*f*) si elles avaient été versées à T. [13] [15-16]

Les juges Major, LeBel et Abella (dissidents) : La somme forfaitaire n'a pas été versée « en vertu [. . .] [d']un régime d'assurance invalidité » et n'est donc pas imposable en application de l'al. 6(1)*f*). À défaut d'une disposition législative contraire ou de la preuve d'un trompe-l'œil, la nature juridique d'une opération sera respectée en matière fiscale. En l'espèce, le paiement a été effectué en conséquence d'une demande de jugement déclaratoire présentée par suite du refus de l'assureur de verser les prestations prévues par une police d'assurance invalidité. Les parties ont conclu un règlement pour éviter qu'un tribunal ne se prononce sur le montant susceptible d'être exigible en exécution de la police, et une somme forfaitaire a été versée pour éteindre toute obligation d'acquiescer à une demande susceptible d'être formulée sur le fondement de la police d'assurance invalidité. Une somme versée en conséquence d'une police d'assurance, mais en vertu d'une entente véritable prévoyant le paiement d'une somme forfaitaire en règlement du litige, ne doit pas, à l'issue d'une nouvelle qualification, être considérée comme un paiement effectué « en vertu » de cette police. [39] [56-58]

Même si le principe de la substitution s'appliquait, ce qui est douteux dans les circonstances, les arriérés ne seraient pas imposables. La somme versée à titre d'indemnité ou pour régler un litige est intrinsèquement

into their constituent portions to determine which are taxable. The general nature of the settlement payment was to release the insurance company from a claim that it was liable and, concurrently, to extinguish T's claim for entitlement under the disability insurance policy. Although the parties' negotiations were related to what T felt she was entitled to under the policy, the amounts were used more as a way to gauge the reasonableness of any compromise, rather than as a replacement mechanism. [48] [54-55]

Cases Cited

By Charron J.

Considered: *M.N.R. v. Armstrong*, [1956] S.C.R. 446; **referred to:** *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124.

By Abella J. (dissenting)

Shell Canada Ltd. v. Canada, [1999] 3 S.C.R. 622; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62; *M.N.R. v. Armstrong*, [1956] S.C.R. 446; *The Queen v. Sills*, [1985] 2 F.C. 200; *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124; *Canadian National Railway Co. v. The Queen*, [1988] 2 C.T.C. 111; *Prince Rupert Hotel (1957) Ltd. v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 212; *Bellingham v. Canada*, [1996] 1 F.C. 613; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Curran v. M.N.R.*, [1959] S.C.R. 850.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 6(1), 110.2, 120.31.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 8th ed. Edited by Bryan A. Garner. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004, "pursuant to".

Canada. Royal Commission on Taxation. *Report of the Royal Commission on Taxation*, vol. 3, part A, "Taxation of Individuals and Families". Ottawa: Queen's Printer, 1966.

Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2002.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 8th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2004.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Strayer, Evans and Pelletier JJ.A.), [2003] 4 F.C. 112, 225 D.L.R. (4th) 697, 301 N.R. 336, 35 C.C.P.B. 151, [2003] 3 C.T.C. 171, 2003 D.T.C.

neutre sur le plan fiscal et il faut considérer ses parties constitutives pour déterminer lesquelles sont imposables. Le versement de la somme visait généralement à libérer la compagnie d'assurance de l'obligation alléguée et à éteindre par le fait même les droits que T prétendait avoir en application de la police d'assurance invalidité. Bien que les parties aient tenu compte, lors des négociations, des sommes auxquelles T estimait avoir droit suivant la police, elles l'ont fait dans le but d'apprécier le caractère raisonnable d'un compromis, plutôt que dans l'optique d'un éventuel remplacement du revenu. [48] [54-55]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêt examiné : *M.N.R. c. Armstrong*, [1956] R.C.S. 446; **arrêt mentionné :** *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. c. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Shell Canada Ltée c. Canada, [1999] 3 R.C.S. 622; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62; *M.N.R. c. Armstrong*, [1956] R.C.S. 446; *La Reine c. Sills*, [1985] 2 C.F. 200; *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. c. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada*, [1988] A.C.F. nº 524 (QL); *Prince Rupert Hotel (1957) Ltd. c. Canada*, [1995] A.C.F. nº 492 (QL); *Bellingham c. Canada*, [1996] 1 C.F. 613; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Curran c. M.N.R.*, [1959] R.C.S. 850.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 6(1), 110.2, 120.31.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 8th ed. Edited by Bryan A. Garner. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2004, « *pursuant to* ».

Canada. Commission royale d'enquête sur la fiscalité. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*, t. 3, première partie, « Les particuliers et les familles ». Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966.

Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2002.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 8th ed. Toronto : Thomson/Carswell, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Strayer, Evans et Pelletier), [2003] 4 C.F. 112, 225 D.L.R. (4th) 697, 301 N.R. 336, 35 C.C.P.B. 151, [2003] 3 C.T.C. 171, 2003 D.T.C.

5246, [2003] F.C.J. No. 431 (QL), 2003 FCA 136, setting aside a decision of Bowman A.C.J.T.C. (2001), 32 C.C.P.B. 106, 2002 D.T.C. 1563, [2002] 1 C.T.C. 2858, [2001] T.C.J. No. 856 (QL). Appeal dismissed, Major, LeBel and Abella JJ. dissenting.

Donald W. Leschied, *Myron Shulgan* and *Crista L. Rea*, for the appellant.

Gordon Bourgard and *Wendy Burnham*, for the respondent.

The judgment of Bastarache, Binnie, Deschamps and Charron JJ. was delivered by

1 CHARRON J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Abella. For the reasons that follow, I reach a different result and would dismiss the appeal.

2 Under the terms of a settlement of her claim against her group disability insurer, Vasiliki Tsiaprailis received a total of $105,000. This amount represented her entitlement to past benefits under the insurance plan, 75 percent of the present value of her future benefits, and an amount for costs, disbursements and GST. The evidence in support of this allocation of the settlement amount is clear from the letters exchanged by the parties, and is confirmed in the agreed statement of facts. The details are set out in my colleague's judgment. The issue on this appeal is whether Ms. Tsiaprailis can be taxed on that portion of the settlement intended to compensate her for the past benefits.

3 The question turns on whether the amount allocated for past benefits was "payable . . . on a periodic basis" and "pursuant to a disability insurance plan" within the meaning of s. 6(1)(*f*) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). Section 6(1)(*f*) reads as follows:

6. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from an office or employment such of the following amounts as are applicable:

. . .

5246, [2003] A.C.F. nº 431 (QL), 2003 CAF 136, qui a infirmé une décision du juge en chef adjoint Bowman de la Cour canadienne de l'impôt (2001), 32 C.C.P.B. 106, 2002 D.T.C. 1563, [2002] 1 C.T.C. 2858, [2001] A.C.I. nº 856 (QL). Pourvoi rejeté, les juges Major, LeBel et Abella sont dissidents.

Donald W. Leschied, *Myron Shulgan* et *Crista L. Rea*, pour l'appelante.

Gordon Bourgard et *Wendy Burnham*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Bastarache, Binnie, Deschamps et Charron rendu par

LA JUGE CHARRON — J'ai pris connaissance des motifs de la juge Abella. Pour les raisons qui suivent, ma conclusion diffère de la sienne et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

En règlement d'un litige l'opposant à son assureur relativement à une assurance invalidité collective, Vasiliki Tsiaprailis a touché au total 105 000 $, ce qui représentait son droit aux prestations échues, 75 p. 100 de la valeur actuelle de son droit à des prestations futures et un montant pour honoraires, débours et TPS. La correspondance échangée entre les parties établit clairement cette répartition, l'exposé conjoint des faits la confirme et les motifs de ma collègue en donnent le détail. Le présent pourvoi porte sur l'imposabilité de la portion de la somme forfaitaire correspondant aux prestations échues.

Il nous faut donc déterminer si le montant convenu pour les prestations échues était « payable périodiquement » et « en vertu [. . .] [d']un régime d'assurance invalidité » au sens de l'al. 6(1)*f*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), dont voici le texte :

6. (1) Sont à inclure dans le calcul du revenu d'un contribuable tiré, pour une année d'imposition, d'une charge ou d'un emploi, ceux des éléments suivants qui sont applicables :

. . .

(*f*) the total of all amounts received by the taxpayer in the year that were payable to the taxpayer on a periodic basis in respect of the loss of all or any part of the taxpayer's income from an office or employment, pursuant to

. . .

(ii) a disability insurance plan . . . .

Bowman A.C.J. of the Tax Court of Canada held that the lump sum settlement was negotiated as a compromise that could not be described as an amount payable on a periodic basis within the meaning of s. 6(1)(*f*). Hence none of it was taxable: [2002] 1 C.T.C. 2858. The majority of the Federal Court of Appeal (Pelletier and Strayer JJ.A. concurring) allowed the appeal on the basis that the portion of the lump sum payment which represented payments already due was made to replace monies payable on a periodic basis under the insurance plan and was therefore taxable: [2003] 4 F.C. 112. Evans J.A., dissenting, essentially agreed with Bowman A.C.J. and would have dismissed the appeal.

Ms. Tsiaprailis did not dispute before this Court that a lump sum paid in respect of an obligation to pay accumulated periodic payments would be taxable. She argued, however, that the payment was not made "pursuant to a disability insurance plan". Instead, she submitted that it was made pursuant to an agreement that settled a disputed obligation.

My colleague, Abella J., accepts Ms. Tsiaprailis's position and concludes that the settlement monies were not paid "pursuant to" the disability insurance plan because they were paid pursuant to a settlement agreement which extinguished any liability under the policy.

In my view, this conclusion runs counter to the principle that awards of damages and settlement payments are inherently neutral for tax purposes. My colleague takes no issue with this principle. As she explains, in assessing whether the monies will be taxable, we must look to the nature and purpose of the payment to determine what it is intended

f) le total des sommes qu'il a reçues au cours de l'année, à titre d'indemnité payable périodiquement pour la perte totale ou partielle du revenu afférent à une charge ou à un emploi, en vertu de l'un des régimes suivants dans le cadre duquel son employeur a contribué :

. . .

(ii) un régime d'assurance invalidité . . .

4 Le juge en chef adjoint Bowman, de la Cour canadienne de l'impôt, a statué que la somme forfaitaire avait été négociée en vue d'un règlement amiable, qu'elle ne pouvait être assimilée à une somme pay able périodiquement au sens de l'al. 6(1)*f*) et qu'elle n'était donc aucunement imposable : [2002] 1 C.T.C. 2858. Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale (les juges Pelletier et Strayer, le second souscrivant aux motifs du premier) ont accueilli l'appel: [2003] 4 C.F. 112. Selon eux, la partie de la somme forfaitaire représentant des prestations déjà échues visait à remplacer des sommes payables périodiquement en application du régime d'assurance, de sorte qu'elle était imposable. Dissident, le juge Evans s'est essentiellement rangé à l'avis du juge Bowman et aurait rejeté l'appel.

5 Devant notre Cour, M^me^ Tsiaprailis n'a pas contesté l'imposabilité d'une somme forfaitaire versée relativement à l'obligation de payer des arriérés de paiements périodiques. Elle a toutefois fait valoir que la somme en cause n'avait pas été versée « en vertu d'un régime d'assurance invalidité », mais bien en règlement d'un litige portant sur une obligation.

6 La juge Abella donne raison à M^me^ Tsiaprailis et conclut que la somme touchée en l'espèce n'a pas été payée « en vertu » du régime d'assurance invalidité puisqu'elle l'a été dans le cadre d'un règlement ayant éteint toute obligation découlant de la police.

7 À mon avis, cette conclusion va à l'encontre du principe voulant qu'une somme accordée à titre d'indemnité ou en règlement d'un litige soit intrinsèquement neutre sur le plan fiscal. Ma collègue ne conteste pas ce principe. Elle explique que, pour déterminer si une somme est imposable, il faut considérer sa nature et son objet et se demander ce

to replace. The inquiry is a factual one. The tax consequences of the damage or settlement payment is then determined according to this characterization. In other words, the tax treatment of the item will depend on what the amount is intended to replace. This approach is known as the *surrogatum* principle. As noted by Abella J., it was defined in *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.), and subsequently adopted in a number of Canadian cases: see P. W. Hogg, J. E. Magee and J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (4th ed. 2002), at pp. 91-93; and V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (8th ed. 2004), at pp. 413-15.

8 In determining the nature and purpose of the payment, Abella J. concludes that the payment was not made "pursuant to" the insurance policy because it was paid to obtain a release from liability under the policy. My colleague relies on this Court's decision in *M.N.R. v. Armstrong*, [1956] S.C.R. 446, in support of her analysis. In *Armstrong*, the Court concluded that a lump sum settlement paid in full satisfaction of an ex-wife's claim to further payments under a divorce decree was not made "pursuant to" a decree, order or judgment. Rather, it was an amount paid "by reason of" or "in consequence of" a legal obligation imposed under the judgment. The distinction between a payment "pursuant to" a judgment and "by reason of" or "in consequence of" a judgment thus determined the outcome of the case in *Armstrong*.

9 Abella J. correctly notes that, in *Armstrong*, the Court was not dealing with arrears but with future support payments payable under the judgment. However, she finds that this fact does not change the decision's interpretative value in relation to the meaning of the words "pursuant to". I do not quarrel with that observation but, in my view, the manner in which the case dealt with future obligations is highly relevant to the application of the *surrogatum* principle and explains the result reached in that case, a result that cannot follow here.

qu'elle est censée remplacer. L'examen est factuel. Les conséquences fiscales du versement d'une somme à titre d'indemnité ou en règlement d'un litige sont ensuite établies en fonction de cette qualification. Autrement dit, le traitement fiscal dépend de ce que la somme vise à remplacer. Il s'agit du principe de la substitution. Comme le signale la juge Abella, ce principe a été défini dans l'arrêt *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. c. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.), puis appliqué dans un certain nombre d'affaires au Canada : voir P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (4e éd. 2002), p. 91-93, et V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (8e éd. 2004), p. 413-415.

En ce qui concerne la nature et l'objet du paiement, la juge Abella conclut que, la somme forfaitaire ayant été versée afin de libérer l'assureur de toute obligation sous le régime de la police, elle n'a pas été payée « en vertu de » (« *pursuant to* ») celle-ci. Elle cite à l'appui l'arrêt *M.N.R. c. Armstrong*, [1956] R.C.S. 446, où notre Cour a statué que la somme forfaitaire consentie à l'ex-épouse en règlement complet de tous les paiements futurs auxquels lui donnait droit le jugement de divorce n'avait pas été versée « conformément à » (« *pursuant to* ») une ordonnance ou un jugement, mais plutôt « en raison » ou « en conséquence » d'une obligation juridique imposée par le jugement. La distinction entre un paiement effectué « conformément à » un jugement et un paiement fait « en raison » ou « en conséquence » d'un jugement a donc déterminé l'issue de l'affaire.

La juge Abella fait remarquer avec justesse que, dans *Armstrong*, il n'était pas question des arriérés, mais des versements futurs de la pension alimentaire accordée par jugement. Elle ajoute toutefois que, malgré cette différence, l'arrêt demeure pertinent quant à la signification de « conformément à » (« *pursuant to* »). Je ne conteste pas cette observation, mais, à mon avis, le fait que le litige portait sur des obligations futures a joué pour beaucoup dans l'application du principe de la substitution et explique l'issue de l'affaire, qui ne pourrait être la même en l'espèce.

As noted by Kerwin C.J., Armstrong was under no obligation under the divorce judgment to pay a lump sum for future support payments. His obligation was to pay ongoing support at a rate of $100 per month. Hence it could not be said that the lump sum was paid "pursuant to" the judgment. To emphasize the fact that the settlement was not made pursuant to the underlying court order, Kellock J. pointed out that if Armstrong had agreed to purchase a house for his ex-wife in return for a release, he could not deduct the value of the house because "[s]uch an outlay made in commutation of the periodic sums payable under the decree is in the nature of a capital payment to which the statute does not extend" (p. 448). In Kellock J.'s view, the payment of a lump sum for future benefits would, like the house, be characterized as a capital payment.

10 Comme l'a signalé le juge en chef Kerwin, le jugement de divorce n'obligeait pas M. Armstrong à payer une somme forfaitaire pour s'acquitter de son obligation alimentaire future, mais à verser une pension alimentaire de 100 $ chaque mois. C'est pourquoi on ne pouvait considérer que la somme forfaitaire avait été versée (« *pursuant to* ») « conformément au » jugement. Pour appuyer sa conclusion selon laquelle le règlement n'était pas intervenu conformément au jugement, le juge Kellock a fait remarquer que si M. Armstrong avait convenu d'acheter une maison à son ex-épouse en contrepartie d'une renonciation, il n'aurait pas pu en déduire la valeur, car une [TRADUCTION] « telle dépense effectuée pour ne plus avoir à verser une somme payable périodiquement en vertu du jugement aurait constitué un paiement de capital non visé par la loi » (p. 448). Pour le juge Kellock, le paiement d'une somme forfaitaire en remplacement de versements futurs pouvait, comme l'achat de la maison, être qualifié de paiement de capital.

When the reasoning in *Armstrong* is applied to the present case, it is clear that monies paid in settlement of any future liability under the disability insurance plan were not paid "pursuant to" the plan because there is no obligation to make such a lump sum payment under the terms of the plan. The part of the settlement for future benefits is in the nature of a capital payment and is not taxable under s. 6(1)(*f*) of the Act.

11 Si l'on applique ce raisonnement à la présente espèce, il appert que la somme consentie en règlement de toute obligation future imposée par le régime d'assurance invalidité n'a pas été versée (« *pursuant to* ») « en vertu » du régime, celui-ci ne prévoyant aucune obligation de verser une somme forfaitaire. La partie de la somme forfaitaire correspondant aux prestations futures constitue un paiement de capital et n'est pas imposable sous le régime de l'al. 6(1)*f*) de la Loi.

As we have seen, the decision in *Armstrong* relies on the application of the *surrogatum* principle, and concludes that Armstrong was not obligated by reason of the Court's judgment to pay a lump sum for future support payments. However, it does not suggest that past benefits like those at issue in this case are likewise not payable pursuant to or in consequence of a court's judgment or an insurance contract. Hence, I am of the view that the decision in *Armstrong* does not lend support to the conclusion reached by my colleague.

12 Comme nous l'avons vu, dans *Armstrong*, notre Cour a appliqué le principe de la substitution et a conclu que le jugement ne faisait pas obligation à M. Armstrong de payer une somme forfaitaire en remplacement des versements futurs de la pension alimentaire. Elle n'a toutefois pas laissé entendre que des arriérés comme ceux considérés en l'espèce n'étaient pas non plus des sommes payables en vertu ou en conséquence d'un jugement ou d'un contrat d'assurance. Par conséquent, je suis d'avis que l'arrêt *Armstrong* ne permet pas de tirer la conclusion à laquelle arrive ma collègue.

My colleague further concludes that, even if one applied the *surrogatum* principle, the payment

13 La juge Abella conclut en outre que même si l'on appliquait le principe de la substitution, le

would not be taxable in this case because the liability under the policy was simply used as a way to gauge the reasonableness of the proposed settlement amount. I would not disagree that the fact that the parties may have used a taxable item as the reference point in calculating damages or negotiating a settlement does not conclusively determine whether the damages or settlement monies are taxable or non-taxable. Rather, the taxability will depend on the nature of the settled interest. However, with respect, I do not agree with the conclusion reached by my colleague in her application of the *surrogatum* principle on the facts of this case.

14 Abella J. appears to base her conclusion in large part on the fact that the insurer, by the terms of the release, explicitly denied liability under the insurance contract. In my view, this factor is of no moment to the inquiry. As aptly noted by the majority in the Federal Court of Appeal, it is the tax liability of the insured that is in issue and, on this point, I agree with the following observation:

> . . . Ms. Tsiaprailis cannot assert the insurer's liability under the policy in her action, recover an amount from the insurer in that action, and then argue that the payment does not flow from the obligations of the insurer under the policy. [para. 23]

15 The determinative questions are: (1) what was the payment intended to replace? And, if the answer to that question is sufficiently clear, (2) would the replaced amount have been taxable in the recipient's hands? In this case, the evidence of what the amount was intended to replace is clear and cogent. As my colleague noted, the evidence established that the negotiated lump sum was "based on three aspects of liability under the policy: an amount to extinguish Ms. Tsiaprailis's claim for accumulated arrears, an amount to extinguish her claim for future benefits, and an amount to extinguish her claim for costs" (para. 54 (emphasis added)). Hence, it cannot be disputed on the evidence that part of the settlement monies was intended to replace past disability payments. It is also not disputed that such payments, had they been paid to Ms. Tsiaprailis, would have been taxable.

paiement ne serait pas imposable, car les montants payables suivant la police ont simplement servi à évaluer le caractère raisonnable du règlement proposé. Je conviens que l'utilisation d'un élément de référence imposable pour fixer le montant de dommages-intérêts ou négocier un règlement n'est pas déterminante, l'imposabilité de la somme dépendant plutôt de la nature du droit faisant l'objet du règlement. Cependant, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec la conclusion que tire ma collègue lorsqu'elle applique le principe de la substitution aux faits de l'espèce.

La juge Abella semble accorder une grande importance au fait que, dans la renonciation, l'assureur nie expressément que le contrat d'assurance lui impose quelque obligation. À mon avis, ce facteur n'est pas pertinent. Comme les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale l'ont signalé avec justesse, c'est l'obligation fiscale de l'assurée qui est en cause. Sur ce point, je conviens avec eux que :

> . . . M^me^ Tsiaprailis ne peut dans son action affirmer l'obligation de l'assureur aux termes de la police, recouvrer dans cette action une somme de l'assureur, puis soutenir que la somme ainsi payée ne résulte pas des obligations de l'assureur aux termes de la police. [par. 23]

Les questions décisives sont les suivantes : (1) que visait à remplacer le paiement et, si la réponse est suffisamment claire, (2) l'élément remplacé aurait-il été imposable pour la personne qui en a bénéficié? En l'espèce, la preuve de ce que le paiement visait à remplacer est claire et convaincante. Comme le fait observer ma collègue, la preuve établit que la somme forfaitaire a été négociée « en fonction de trois éléments, les arriérés, les prestations futures et les dépens, une somme étant attribuée à chacun d'eux » (par. 54 (je souligne)). Il est donc manifeste qu'une partie de la somme forfaitaire visait à remplacer des prestations d'invalidité échues. Nul ne conteste non plus que ces prestations auraient été imposables si elles avaient été versées à M^me^ Tsiaprailis.

To conclude that the payment for past benefits was not made "pursuant to" the insurance disability plan in these circumstances is to render the *surrogatum* principle meaningless. Hence, I would conclude that the portion of the lump sum allocated to the accumulated arrears is taxable and I would dismiss the appeal, with no order as to costs.

The reasons of Major, LeBel and Abella JJ. were delivered by

ABELLA J. (dissenting) — As a result of the failure by an insurance company to pay disability benefits to her, Vasiliki Tsiaprailis sued for a declaration that she was entitled to those benefits. The parties settled and Ms. Tsiaprailis received a lump sum payment after signing a release in which the insurer denied all liability. The issue in this appeal by Ms. Tsiaprailis is whether a portion of the lump sum settlement is taxable.

I. Background

Ms. Tsiaprailis was employed by Tamco Limited. Under the terms of a collective agreement between Tamco and Ms. Tsiaprailis's union, she was entitled to long-term disability benefits through an insurance policy carried and paid for by her employer. The insurance company ultimately responsible for the policy was Manufacturers Life Insurance Company ("Manulife").

On November 10, 1984, Ms. Tsiaprailis was seriously injured in a car accident. From May 11, 1985 to May 10, 1993, she received long-term disability benefits in accordance with the insurance policy. In May 1993, however, Manulife terminated the benefits, claiming that Ms. Tsiaprailis was no longer totally disabled.

On March 30, 1994, Ms. Tsiaprailis sued Manulife for a declaration that she was entitled to a continuation of her disability benefits.

In the course of five letters exchanged between September 13, 1996 and October 11, 1996, a settlement was negotiated.

Dans les circonstances, conclure que la somme versée au titre des prestations échues n'a pas été payée « en vertu » (« *pursuant to* ») du régime d'assurance invalidité prive de son sens le principe de la substitution. Par conséquent, je conclus à l'imposabilité de cette somme et rejette le pourvoi, sans prononcer d'ordonnance quant aux dépens. 16

Version française des motifs des juges Major, LeBel et Abella rendus par

LA JUGE ABELLA (dissidente) — Devant le refus d'une compagnie d'assurance de lui verser des prestations d'invalidité, Vasiliki Tsiaprailis a intenté une action en vue d'obtenir un jugement déclarant qu'elle y avait droit. Un règlement est intervenu entre les parties, et M^me^ Tsiaprailis a touché une somme forfaitaire après avoir signé une renonciation dans laquelle l'assureur niait toute obligation de sa part. Le présent pourvoi porte sur l'imposabilité d'une partie de la somme forfaitaire. 17

I. Les faits

M^me^ Tsiaprailis travaillait pour Tamco Limited. Une convention collective conclue par son employeur et le syndicat qui la représentait lui donnait droit à des prestations d'invalidité de longue durée en application d'une police d'assurance souscrite et payée par l'employeur. Au moment des faits, les obligations découlant de la police incombaient à La Compagnie d'Assurance-Vie Manufacturers (« Manuvie »). 18

Le 10 novembre 1984, M^me^ Tsiaprailis a été grièvement blessée lors d'un accident de voiture. Du 11 mai 1985 au 10 mai 1993, elle a touché des prestations d'invalidité de longue durée en conformité avec la police d'assurance. Cependant, en mai 1993, Manuvie a mis fin aux versements au motif que M^me^ Tsiaprailis n'était plus totalement invalide. 19

Le 30 mars 1994, M^me^ Tsiaprailis a intenté une action contre Manuvie en vue d'obtenir un jugement déclarant qu'elle avait toujours droit aux prestations d'invalidité. 20

Les parties ont échangé cinq lettres du 13 septembre au 11 octobre 1996 et sont parvenues à un règlement. 21

22 The first letter sent by her lawyer on September 13, 1996 indicated that Ms. Tsiaprailis was willing to accept approximately $150,000 to settle her claim. The amount was calculated based on an estimate of the 177-week period of arrears plus pre-judgment interest totalling almost $36,000; an estimate of future benefits calculated to Ms. Tsiaprailis's 65th birthday and totalling about $141,000 reduced by a 25 percent discount to about $113,000; and additional amounts under her policy for extended health care benefits such as drug expenses, which were calculated at between $4,000 to $5,000 per year.

23 The insurer's counter-proposal acknowledged that the operative monthly figure was $746.75 and that, for settlement purposes, Ms. Tsiaprailis would not likely work again before her 65th birthday. However, Manulife claimed that the proposal for future benefits was about $60,000 too high, and the one for arrears too high by about $3,000. Their counter offer, including a 25 percent reduction "for contingencies", amounted to $84,685.61.

24 This resulted in Ms. Tsiaprailis insisting on the value of the arrears remaining at almost $36,000, but acknowledging her willingness to reduce the claim for future benefits to just over $62,500 plus an additional $5,000 for drug benefits and $8,000 for costs, making her new total proposal $111,545.98.

25 This time, Manulife responded by rejecting the $5,000 for drug benefits but stated that "in an effort to put this matter to rest, Manulife is prepared to increase its previous offer to the all inclusive sum of $100,000.00".

26 A few days later, Ms. Tsiaprailis's lawyer proposed $105,000 as the final settlement figure, stating in his letter:

I reviewed your letter of October 8th with my clients at length yesterday, October 10th, and they have given me firm instructions to settle this claim for a lump sum in lieu of monthly benefit payments and the insured is prepared to release Manulife in exchange for the all-inclusive sum of $105,000.00; otherwise, she is content to accept the

Dans la première, envoyée le 13 septembre 1996, l'avocat de M^me^ Tsiaprailis a indiqué que sa cliente était disposée à régler le litige moyennant la somme d'environ 150 000 $. Il s'agissait d'une estimation des arriérés pour une période de 177 semaines majorés d'intérêts avant jugement totalisant presque 36 000 $, ainsi que des prestations futures s'échelonnant jusqu'au 65^e^ anniversaire de naissance de M^me^ Tsiaprailis, soit environ 141 000 $, somme actualisée à raison de 25 p. 100 et ramenée à environ 113 000 $, ce à quoi s'ajoutaient les sommes prévues dans sa police d'assurance-maladie complémentaire (médicaments, etc.), soit entre 4 000 $ et 5 000 $ par année.

Dans sa contre-proposition, l'assureur a reconnu que le montant mensuel s'établissait à 746,75 $ et, pour les besoins du règlement, que M^me^ Tsiaprailis ne travaillerait vraisemblablement plus d'ici à ce qu'elle atteigne l'âge de 65 ans. Cependant, il a jugé trop élevées l'estimation des prestations futures et celle des arriérés, qu'il aurait réduites d'environ 60 000 $ et 3 000 $ respectivement. Sa contre-offre, incluant une réduction de 25 p. 100 [TRADUCTION] « pour impondérables », se montait à 84 685,61 $.

En réponse, M^me^ Tsiaprailis a insisté pour que le montant des arriérés demeure fixé à près de 36 000 $, mais elle s'est montrée disposée à abaisser le montant des prestations futures à un peu plus de 62 500 $, ce à quoi s'ajoutaient 5 000 $ pour les prestations pharmaceutiques et 8 000 $ pour les frais de justice, soit au total 111 545,98 $.

Cette fois, Manuvie a refusé de verser 5 000 $ pour les prestations pharmaceutiques, mais elle a indiqué que, [TRADUCTION] « dans le but de régler le litige, elle était disposée à bonifier son offre précédente et à verser la somme globale de 100 000,00 $ ».

Dans une lettre transmise quelques jours plus tard, l'avocat de M^me^ Tsiaprailis a proposé de porter ce montant à 105 000 $:

[TRADUCTION] Hier, le 10 octobre, j'ai examiné avec mes clients le détail de votre lettre du 8 octobre. Ils m'ont donné ferme instruction de régler le litige en acceptant une somme forfaitaire au lieu de prestations mensuelles. L'assurée est disposée à remettre à Manuvie une renonciation contre la somme globale de 105 000,00 $. À

past benefit to date with interest and a reasonable sum for legal fees and continue to receive her monthly benefit through to age 65. That offer, by way of a lump sum, essentially means that Manulife is paying the past benefits plus interest, 75% of the present value of the future benefit and about $6,455.00 for costs, GST and disbursements . . . . [Emphasis added.]

Manulife accepted this "all-inclusive sum", entering into a settlement agreement with Ms. Tsiaprailis on October 18, 1996 for a lump sum of $105,000, from which Ms. Tsiaprailis paid $18,068.97 in costs, plus GST and disbursements.

Ms. Tsiaprailis's release in favour of Manulife stated, in part:

IT IS UNDERSTOOD AND AGREED BY THE RELEASOR that this is a compromise settlement of a disputed claim and that the payment of consideration for this Release shall not be deemed nor construed as an admission of liability by the said Releasee in any manner whatsoever.

As a result of the settlement, the action was dismissed on October 21, 1996.

After paying the lump sum, Manulife issued and delivered a T4-A to Ms. Tsiaprailis. She responded by filing a T1 Adjustment Request. On September 8, 1997, the Minister of National Revenue reassessed Ms. Tsiaprailis for the 1996 taxation year to include the full $105,000 as income. On December 15, 1997, a further reassessment allowed her to deduct her legal expenses.

Ms. Tsiaprailis appealed the assessment to the Tax Court of Canada ([2002] 1 C.T.C. 2858). The issue before Bowman A.C.J. was whether the full settlement payment received by Ms. Tsiaprailis from Manulife was taxable pursuant to either s. 6(1)(*a*) or s. 6(1)(*f*) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), which provide:

6. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from an office or employment such of the following amounts as are applicable:

défaut, elle se contentera des prestations en souffrance jusqu'à ce jour, de l'intérêt couru, d'une somme raisonnable pour les frais de justice et de prestations mensuelles jusqu'à l'âge de 65 ans. En versant la somme forfaitaire proposée, Manuvie paierait essentiellement les prestations échues, l'intérêt, 75 p. 100 de la valeur actuelle des prestations futures et environ 6 455,00 $ pour mes honoraires, la TPS et les débours . . . [Je souligne.]

27 Le 18 octobre 1996, Manuvie a accepté de verser à M^me^ Tsiaprailis cette « somme globale » de 105 000 $, sur laquelle M^me^ Tsiaprailis a prélevé 18 068,97 $ pour payer les honoraires d'avocat, plus la TPS et les débours.

28 Voici un extrait de la renonciation que M^me^ Tsiaprailis a remise à Manuvie :

[TRADUCTION] LA RENONCIATRICE CONVIENT qu'il s'agit d'un règlement amiable d'une demande contestée et que le versement de la somme convenue en contrepartie de la présente renonciation n'emporte pas reconnaissance de quelque obligation par la renonciataire, ni ne saurait être interprété en ce sens.

29 Vu la transaction, l'action a été rejetée le 21 octobre 1996.

30 Après avoir versé la somme forfaitaire, Manuvie a établi un feuillet T4-A, puis M^me^ Tsiaprailis a déposé une demande de redressement d'une T1. Le 8 septembre 1997, le ministre du Revenu national a établi pour l'année d'imposition 1996 une nouvelle cotisation ajoutant la somme de 105 000 $ en entier au revenu de l'appelante. Le 15 décembre 1997, une nouvelle cotisation faisait droit à la déduction de ses frais de justice.

31 M^me^ Tsiaprailis a interjeté appel de la cotisation auprès de la Cour canadienne de l'impôt ([2002] 1 C.T.C. 2858). Le juge en chef adjoint Bowman devait décider si la somme forfaitaire touchée en règlement du litige était entièrement imposable en vertu de l'al. 6(1)*a*) ou *f*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e^ suppl.), dont voici le libellé :

6. (1) Sont à inclure dans le calcul du revenu d'un contribuable tiré, pour une année d'imposition, d'une charge ou d'un emploi, ceux des éléments suivants qui sont applicables :

(*a*) the value of board, lodging and other benefits of any kind whatever received or enjoyed by the taxpayer in the year in respect of, in the course of, or by virtue of an office or employment . . . .

. . .

(*f*) the total of all amounts received by the taxpayer in the year that were payable to the taxpayer on a periodic basis in respect of the loss of all or any part of the taxpayer's income from an office or employment, pursuant to

. . .

(ii) a disability insurance plan . . . .

32 The parties proceeded based on an agreed statement of facts, the essence of which has been distilled in the preceding paragraphs. It is, however, worth setting out para. 11 of the agreed statement of facts. It states:

In October 1996, the Appellant entered into a settlement agreement with Manulife and received a lump sum payment of $105,000 in lieu of continued benefits pursuant to the terms of settlement. The sum of $105,000 essentially meant Manulife was paying:

(a) the Appellant's entitlement to past benefits, plus interest;

(b) 75% of the present value of the Appellant's entitlement to future benefits under the policy;

(c) $6,455 for costs, GST and disbursement.

33 The trial judge held that only s. 6(1)(*f*) was potentially engaged by these facts. However, he concluded that the lump sum settlement was not taxable, holding that:

The lump sum payment arrived at after a lawsuit was commenced and negotiated as a compromise cannot on any basis of statutory interpretation be described as an "amount . . . payable to the taxpayer on a periodic basis". [para. 18]

34 The majority in the Federal Court of Appeal disagreed, and divided the total payment into a portion it attributed to arrears, and one attributed to future benefits ([2003] 4 F.C. 112). Pelletier J.A., Strayer J.A. concurring, held that the portion of the lump sum

a) la valeur de la pension, du logement et autres avantages quelconques qu'il a reçus ou dont il a joui au cours de l'année au titre, dans l'occupation ou en vertu d'une charge ou d'un emploi . . .

. . .

f) le total des sommes qu'il a reçues au cours de l'année, à titre d'indemnité payable périodiquement pour la perte totale ou partielle du revenu afférent à une charge ou à un emploi, en vertu de l'un des régimes suivants dans le cadre duquel son employeur a contribué :

. . .

(ii) un régime d'assurance invalidité . . .

Les parties se sont fondées sur un exposé conjoint des faits, dont l'essentiel figure aux paragraphes précédents. Il vaut cependant la peine d'en citer le par. 11 :

[TRADUCTION] En octobre 1996, l'appelante a conclu avec Manuvie un règlement amiable en vertu duquel elle a touché la somme forfaitaire de 105 000 $ en lieu et place de prestations. Cette somme représentait essentiellement :

a) le droit de l'appelante aux prestations échues, plus l'intérêt;

b) 75 p. 100 de la valeur actuelle du droit de l'appelante à des prestations futures en vertu de la police d'assurance;

c) 6 455 $ pour honoraires, TPS et débours.

Le juge de première instance a estimé que seul l'al. 6(1)*f*) pouvait s'appliquer aux faits de l'espèce. Il a cependant conclu que la somme forfaitaire n'était pas imposable :

Le paiement forfaitaire déterminé après une action en justice ayant fait l'objet d'un règlement amiable ne peut selon les principes d'interprétation législative être assimilé à des « sommes qu'il a reçues [. . .] à titre d'indemnité payable périodiquement ». [par. 18]

Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont exprimé leur désaccord et divisé la somme forfaitaire en deux, une partie correspondant aux arriérés et une autre aux prestations futures ([2003] 4 C.F. 112). Les juges Pelletier et Strayer (le second

payment attributable to arrears was taxable pursuant to s. 6(1)(*f*). Unlike the trial judge, they were of the view that Ms. Tsiaprailis had two kinds of claims against her insurance company: a claim for arrears and a claim for future benefits, claims that could and should be distinguished for tax purposes. The agreed statement of facts, they felt, demonstrated that the parties allocated the settlement between arrears and future benefits.

They concluded, however, that only the portion of the settlement allocated to arrears should be taxed. Even though they were in the form of a lump sum payment, the majority found the arrears to be "payable . . . on a periodic basis" because, under the insurance policy, they were so payable. Because the settlement was "referable to" the insurance contract, it was, accordingly, paid "pursuant to" a disability insurance policy.

It was, moreover, not determinative in the majority's view that the liability was disputed, as demonstrated by the terms of the release. From the taxpayer's perspective, the liability was not disputed. In their view, the nature of the underlying transaction and not the terms of a release should govern the characterization of a settlement payment. Because this transaction included an amount for arrears, that portion of the settlement was taxable under s. 6(1)(*f*). They agreed with the trial judge that s. 6(1)(*a*) of the *Income Tax Act* did not apply.

Evans J.A., in dissent, disagreed with the majority's treatment of the arrears. In his view, the trial judge's interpretation of s. 6(1)(*f*) is the most obvious reading of that provision. He disagreed with both the majority's conclusion that the lump sum was "payable . . . on a periodic basis", as well as its conclusion that it was paid "pursuant to a disability insurance plan". While he agreed that if a lump sum payment is made towards the arrears of periodic payments due under an insurance policy it can be considered "payable . . . on a periodic basis", Evans J.A. found that this conclusion by itself provided no answer to whether the lump sum payment was made "pursuant to" a disability insurance

souscrivant aux motifs du premier) ont conclu que la partie correspondant aux arriérés était imposable suivant l'al. 6(1)*f*). Contrairement au juge de première instance, ils ont estimé que le recours de M^me^ Tsiaprailis contre son assureur comportait deux volets : la réclamation des arriérés et celle des prestations futures, les deux pouvant et devant commander un traitement différent sur le plan fiscal. Selon eux, l'exposé conjoint des faits établissait que les parties avaient réparti la somme forfaitaire convenue entre les arriérés et les prestations futures.

35 Les juges majoritaires ont toutefois conclu que seule la partie correspondant aux arriérés devait être imposée. Même s'ils faisaient l'objet d'un paiement forfaitaire, les arriérés étaient « payable[s] périodiquement », car c'est ce que prévoyait la police d'assurance. La transaction pouvant être « rattachée » au contrat d'assurance, la somme forfaitaire avait donc été versée « en vertu » (« *pursuant to* ») d'une police d'assurance invalidité.

36 De plus, il importait peu, à leur avis, que l'obligation soit niée dans la renonciation. Du point de vue de la contribuable, elle ne l'était pas. C'est en fonction de la nature de la transaction, et non du libellé de la renonciation, que devait être qualifiée la somme versée en règlement du litige. Parce que la transaction prévoyait un montant pour les arriérés, cette partie de la somme forfaitaire était imposable en application de l'al. 6(1)*f*). Ils ont convenu avec le juge de première instance que l'al. 6(1)*a*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'appliquait pas.

37 Dissident, le juge Evans s'est dit en désaccord avec les juges majoritaires quant au traitement fiscal des arriérés. Selon lui, l'interprétation de l'al. 6(1)*f*) par le juge de première instance était la plus évidente. Il n'a pu convenir avec eux que la somme forfaitaire était « payable périodiquement » ni que cette somme avait été versée « en vertu [. . .] [d']un régime d'assurance invalidité ». Même s'il a reconnu qu'une somme forfaitaire versée relativement à des arriérés de paiements périodiques exigibles suivant une police d'assurance pouvait être considérée « payable périodiquement », le juge Evans a estimé qu'une conclusion en ce sens ne permettait pas à elle seule de statuer que la somme

contract. He concluded that the lump sum payment was made pursuant to a settlement agreement, not pursuant to the provisions of the insurance contract.

38 This Court granted leave to appeal to Ms. Tsiaprailis on January 22, 2004: [2004] 1 S.C.R. xv.

II. Analysis

39 This Court has consistently held that taxpayers' legal relationships should be respected in tax cases absent a contrary provision in the *Income Tax Act* or a finding that they are a sham. McLachlin J. explained this principle in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 39:

> [T]his Court has never held that the economic realities of a situation can be used to recharacterize a taxpayer's *bona fide* legal relationships. To the contrary, we have held that, absent a specific provision of the Act to the contrary or a finding that they are a sham, the taxpayer's legal relationships must be respected in tax cases. Recharacterization is only permissible if the label attached by the taxpayer to the particular transaction does not properly reflect its actual legal effect: *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298, at para. 21, *per* Bastarache J.

See also *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62, at paras. 38-39.

40 In its 1966 report, the Carter Commission recommended that all compensation for personal injuries, including disability insurance benefits, should be taxable as a form of income replacement: *Report of the Royal Commission on Taxation* (1966), vol. 3, at p. 438. At the time, disability insurance benefits were not taxable. Parliament, however, chose not to follow this recommendation in the tax reform budget of 1971. Instead, Parliament rejected the wholesale taxation of compensation for personal injury, and chose to tax it only in certain defined circumstances as set out in what was then a new provision, s. 6(1)(*f*).

forfaitaire avait été versée « en vertu » d'un contrat d'assurance invalidité. Il a conclu que le paiement avait été effectué en règlement du litige, et non en vertu du contrat d'assurance.

Le 22 janvier 2004, notre Cour a fait droit à la demande d'autorisation de pourvoi de M^me^ Tsiaprailis : [2004] 1 R.C.S. xv.

II. Analyse

Notre Cour a statué avec constance que les rapports juridiques établis par un contribuable devaient être respectés en matière fiscale, sauf disposition contraire de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou conclusion selon laquelle il s'agit d'un trompe-l'œil. La juge McLachlin a expliqué ce principe dans l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 39 :

> [N]otre Cour n'a jamais statué que la réalité économique d'une situation pouvait justifier une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables établis par le contribuable. Au contraire, nous avons décidé qu'en l'absence d'une disposition expresse contraire de la Loi ou d'une conclusion selon laquelle l'opération en cause est un trompe-l'œil, les rapports juridiques établis par le contribuable doivent être respectés en matière fiscale. Une nouvelle qualification n'est possible que lorsque la désignation de l'opération par le contribuable ne reflète pas convenablement ses effets juridiques véritables : *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, au par. 21, le juge Bastarache.

Voir également l'arrêt *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62, par. 38-39.

Dans son rapport publié en 1966, la commission Carter a recommandé l'imposition, à titre de forme de remplacement du revenu, de toute indemnité pour lésion corporelle, y compris les prestations d'assurance invalidité : *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité* (1966), t. 3, p. 503-504. À l'époque, les prestations d'assurance invalidité n'étaient pas imposables. Le Parlement n'a toutefois pas suivi cette recommandation dans sa réforme fiscale de 1971. Il ne les a pas imposées en bloc, mais seulement dans certains cas bien précis, ceux énumérés dans une disposition alors nouvelle, l'al. 6(1)*f*).

Section 6(1)(*f*) sets out two relevant requirements, both of which must be met if employment insurance plan benefits are to be taxed. First, the amount must be "payable to the taxpayer on a periodic basis". Second, the amount must be paid "pursuant to" a disability insurance plan. Unless the amount is payable "pursuant to" a disability insurance plan, it is irrelevant whether it is payable "on a periodic basis". In my view, the amount was not so payable, and it is therefore unnecessary to determine whether the lump sum payment was payable on a periodic basis.

The phrase "pursuant to" was applied by this Court in *M.N.R. v. Armstrong*, [1956] S.C.R. 446. The taxpayer had been ordered to pay $100 per month to his former wife for child support. After payments had been made for two years, the taxpayer gave her a cash settlement of $4,000 in full satisfaction of her claim to further payments under the divorce decree. The issue before the Court was whether the lump sum payment was made "pursuant to" an order or judgment in a divorce or separation action, a condition precedent to taxation under the relevant section of the *Income Tax Act*. All three justices who wrote reasons agreed that the payment was not made "pursuant to" a decree, order or judgment. In the words of Locke J.:

> It cannot . . . be properly said that this lump sum was paid, in the words of the section, *pursuant* to the divorce decree. It was, it is true, paid *in consequence* of the liability imposed by the decree for the maintenance of the infant, but that does not fall within the terms of the section. [Emphasis in original; p. 449.]

Kerwin C.J. applied "pursuant to" similarly:

> The test is whether it was paid in pursuance of a decree, order or judgment and not whether it was paid by reason of a legal obligation imposed or undertaken. [Emphasis added; p. 447.]

Kellock J. reached the same conclusion:

41 L'alinéa 6(1)*f*) prévoit deux exigences pertinentes pour l'imposition des prestations versées en application d'un régime d'assurance collectif. Premièrement, la somme doit être « payable périodiquement » au contribuable. Deuxièmement, elle doit être versée « en vertu » (« *pursuant to* ») d'un régime d'assurance invalidité. Si elle n'est pas payable « en vertu » d'un tel régime, il importe peu qu'elle soit « payable périodiquement ». J'estime que tel n'est pas le cas en l'espèce, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de décider si la somme forfaitaire était payable périodiquement.

42 Dans *M.N.R. c. Armstrong*, [1956] R.C.S. 446, notre Cour a appliqué l'expression « conformément à » (« *pursuant to* »). Le contribuable avait été condamné à verser à son ex-épouse une pension alimentaire pour enfant de 100 $ par mois. Après s'être acquitté de cette obligation pendant deux ans, il avait versé à son ex-épouse 4 000 $ en règlement complet de tous les paiements futurs auxquels lui donnait droit le jugement de divorce. La question était de savoir si la somme forfaitaire avait été versée « conformément à » une ordonnance ou à un jugement rendu dans une action en divorce ou en séparation, une condition préalable à l'imposition sous le régime de la disposition pertinente de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les trois juges ayant rédigé des motifs ont tous convenu que la somme n'avait pas été versée « conformément à » une ordonnance ou à un jugement. Le juge Locke a dit :

> [TRADUCTION] L'on ne saurait prétendre à juste titre que cette somme forfaitaire a été payée, pour reprendre les termes employés dans la loi, *conformément* au jugement de divorce. Il est vrai que le versement a été effectué *en conséquence* de l'obligation, imposée par le jugement, de subvenir aux besoins de l'enfant, mais ce cas précis n'est pas visé par la disposition en cause. [En italique dans l'original; p. 449.]

43 Le juge en chef Kerwin a interprété le terme « conformément à » de semblable manière :

> [TRADUCTION] La question est de savoir si elle a été versée conformément à une ordonnance ou à un jugement, et non si elle a été versée en raison d'une obligation juridique imposée ou contractée. [Je souligne; p. 447.]

44 Le juge Kellock est arrivé à la même conclusion :

In my opinion, the payment here in question is not within the statute. It was not an amount payable "pursuant to" or "conformément à" . . . the decree but rather an amount paid to obtain a release from the liability thereby imposed. [p. 448]

See also *The Queen v. Sills*, [1985] 2 F.C. 200 (C.A.), at pp. 204-5.

45 Even though *Armstrong* dealt with a settlement paid to extinguish a claim for future, not past benefits, that does not diminish its interpretive value. I share the view that "pursuant to" is different from and narrower than "as a result of". *Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004) also attributes a narrower definition to the phrase: "[i]n compliance with" or "in accordance with"; "[a]s authorized by"; and "[i]n carrying out". In this case, the lump sum settlement payment was not paid to Ms. Tsiaprailis "in compliance with" or "in accordance with" a disability insurance plan, it was paid "in compliance with" and "in accordance with" a settlement agreement.

46 Although the arrears component, assuming it was properly divisible from the rest of the settlement, was in consequence of a claim for arrears justified by the disability insurance plan, that does not, in my view, bring it within the scope of s. 6(1)(*f*). The payment to Ms. Tsiaprailis was not paid pursuant to the insurance contract, it was, as Kellock J. said in *Armstrong*, "an amount paid to obtain a release" (p. 448) from the liability imposed, in this case, by the insurance policy.

47 There is no doubt that Parliament intended that at least some lump sum payments can, potentially, be taxable, as evidenced by their inclusion in the lump sum averaging provisions of ss. 110.2 and 120.31 of the *Income Tax Act*. But where, as here, the lump sum payment does not even fall within the ambit of s. 6(1)(*f*), the inclusion of some lump sum settlements in those sections is not germane.

48 Even if one applied the *surrogatum* principle, as the respondent urges, an application I question both

[TRADUCTION] Il me semble que le paiement considéré en l'espèce n'est pas de ceux que vise la loi. Il ne s'agissait pas d'un montant payable « *pursuant to* » ou « conformément au » [. . .] jugement, mais plutôt d'une somme payée pour être libéré de l'obligation imposée par celui-ci. [p. 448]

Voir également l'arrêt *La Reine c. Sills*, [1985] 2 C.F. 200 (C.A.), p. 204-205.

Même s'il porte sur une somme versée pour éteindre le droit à des versements futurs plutôt qu'échus, l'arrêt *Armstrong* demeure pertinent sur le plan de l'interprétation. Je partage l'avis que « conformément à » (« *pursuant to* ») a une portée plus étroite qu'« en conséquence de » (« *as a result of* »). Le *Black's Law Dictionary* (8e éd. 2004) attribue également un sens plus restreint à l'expression « *pursuant to* » : « *[i]n compliance with* » ou « *in accordance with* », « *[a]s authorized by* » et « *[i]n carrying out* » (en conformité avec, comme l'autorise, dans l'exécution). En l'occurrence, la somme forfaitaire a été versée à Mme Tsiaprailis « en conformité avec » non pas un régime d'assurance invalidité, mais un règlement.

Même si le paiement des arriérés, à supposer qu'il ait été dissociable du reste de la somme convenue, a été effectué en conséquence d'une demande que fondait le régime d'assurance invalidité, j'estime qu'il n'est pas pour autant visé à l'al. 6(1)*f*). La somme n'a pas été payée à Mme Tsiaprailis en vertu du contrat d'assurance. Comme l'a dit le juge Kellock dans *Armstrong*, il s'agissait [TRADUCTION] « d'une somme payée pour être libéré » (p. 448) de l'obligation imposée, dans la présente affaire, par la police d'assurance.

Nul doute que le Parlement entendait rendre imposables certains paiements forfaitaires à tout le moins, comme l'attestent les art. 110.2 et 120.31 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relatifs à l'étalement du revenu. Cependant, lorsque, comme en l'espèce, le paiement forfaitaire ne tombe même pas sous le coup de l'al. 6(1)*f*), l'application de ces dispositions à certains règlements prévoyant un paiement forfaitaire n'a aucune pertinence.

Même si l'on appliquait le principe de la substitution comme le préconise l'intimée, une démarche

on the facts of this case and the statutory provisions under consideration, I would not find the arrears to be taxable. Damage and settlement payments are inherently neutral for tax purposes and must therefore be classified to determine whether they are taxable. This is the *surrogatum* principle, as defined by Lord Diplock in *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.) as follows:

> Where, pursuant to a legal right, a trader receives from another person compensation for the trader's failure to receive a sum of money which, if it had been received, would have been credited to the amount of profits . . ., the compensation is to be treated for income tax purposes in the same way as that sum of money would have been treated if it had been received instead of the compensation. [p. 134]

When applying the *surrogatum* principle, the question is what the damage or settlement payment is intended to replace: *Canadian National Railway Co. v. The Queen*, [1988] 2 C.T.C. 111 (F.C.T.D.), at p. 114. It is a factual inquiry: *Prince Rupert Hotel (1957) Ltd. v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 212 (F.C.A.), at pp. 216-17.

However, as explained by Robertson J.A. in *Bellingham v. Canada*, [1996] 1 F.C. 613 (C.A.), it is not an all or nothing inquiry:

> As the law presently stands we must look to the nature and purpose of a particular payment or award when assessing how it will be dealt with for tax purposes. This is certainly true with respect to the tax treatment of awards or settlements stemming from contractual or tortious claims. Such receipts are not treated automatically as a unitary sum. [p. 636]

The need to compartmentalize global payments into their constituent portions to determine which are taxable was explained by Professor V. Krishna in *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (8th ed. 2004):

> A global payment covering several different heads of damages . . . should be broken down and distributed into its taxable and non-taxable segments. The allocation is fairly easy where a court awards damages as a result of

dont je doute de l'opportunité au vu tant des faits de l'espèce que des dispositions législatives considérées, je ne conclurais pas que les arriérés sont imposables. La somme versée à titre d'indemnité ou pour régler un litige est intrinsèquement neutre sur le plan fiscal et doit donc être qualifiée pour que l'on puisse déterminer si elle est imposable. Tel est le principe de la substitution défini par lord Diplock dans *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. c. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.) :

> [TRADUCTION] Chaque fois qu'un commerçant reçoit, en vertu d'un droit, de quelqu'un d'autre, une indemnité au lieu d'une somme d'argent qui aurait été comptabilisée dans les profits [. . .], il y a lieu de traiter cette indemnité sur le plan fiscal de la même manière que la somme d'argent l'aurait été si l'indemnité ne l'avait pas remplacée. [p. 134]

49 Lorsqu'on applique ce principe, il faut se demander ce qu'est censée remplacer l'indemnité ou la somme versée pour régler un litige : *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada*, [1988] A.C.F. n° 524 (QL) (1re inst.), par. 6. Il s'agit d'un examen factuel : *Prince Rupert Hotel (1957) Ltd. c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 492 (QL) (C.A.), par. 9.

50 Cependant, comme l'a expliqué le juge Robertson dans *Bellingham c. Canada*, [1996] 1 C.F. 613 (C.A.), il ne s'agit pas d'un examen sans nuance :

> Selon le droit actuel, nous devons examiner la nature et la fin d'un paiement particulier au moment d'évaluer comment cette somme sera traitée du point de vue fiscal. Cela est certainement vrai lorsqu'il s'agit du traitement fiscal des sommes octroyées ou des règlements découlant de réclamations en matière contractuelle ou délictuelle. Ces sommes ne sont pas traitées automatiquement comme un tout. [p. 636]

51 Dans son ouvrage intitulé *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (8e éd. 2004), le professeur V. Krishna explique la nécessité de considérer les parties constitutives d'une somme globale pour déterminer lesquelles sont imposables :

> [TRADUCTION] Un paiement global pour différents chefs de dommages [. . .] doit être scindé en deux : la partie imposable et celle qui ne l'est pas. La répartition est relativement facile lorsque le tribunal accorde des

litigation and the judgment sets out the various heads of damages. An amount paid in settlement of a cause of action is more difficult to allocate and one should allocate amounts during negotiation of the settlement. [p. 414]

52 The allocation will be based on the totality of the evidence in each case. In *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, the taxpayer accepted an offer of employment from a company. A few months later, the company informed him that his services were no longer needed. After negotiations, the parties agreed that the taxpayer would be paid $360,000 in damages. The issue in that case was how to allocate the payment between loss of salary and stock options, taxable items, and non-taxable items, like embarrassment, anxiety and inconvenience. In deciding how the settlement should be allocated, this Court considered letters between the parties' lawyers as well as the taxpayer's testimony about the settlement negotiations. Because the Court considered the evidence to be inconclusive, no portion of the lump sum payment was found to be taxable.

53 In *Curran v. M.N.R.*, [1959] S.C.R. 850, the issue was how to allocate an amount between payment for services and loss of a capital right. This Court looked at a second agreement between the parties, the source of the payment, and the evidence of the payor about the purpose of the payment.

54 In applying the *surrogatum* principle to this case, the general nature of the settlement payment was to release the insurance company from a claim that it was liable and, concurrently, to extinguish Ms. Tsiaprailis's claim for entitlement under the disability insurance policy. The lump sum settlement payment was negotiated based on three aspects of liability under the policy: an amount to extinguish Ms. Tsiaprailis's claim for accumulated arrears, an amount to extinguish her claim for future benefits, and an amount to extinguish her claim for costs.

55 This is a different characterization from that proposed by the respondent, who asserts that the lump sum was "comprised of" an amount for accumulated

dommages-intérêts à l'issue d'un procès et que le jugement précise les divers chefs de dommages. Elle est plus ardue lorsque la somme est versée pour régler le litige, auquel cas il convient de l'effectuer lors de la négociation du règlement. [p. 414]

La répartition tient compte dans chaque cas de l'ensemble de la preuve. Dans l'arrêt *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, le contribuable avait accepté l'offre d'emploi d'une société. Quelques mois plus tard, il avait été avisé que ses services n'étaient plus requis. Au terme de négociations, un règlement était intervenu, la société acceptant de verser au contribuable une indemnité de 360 000 $. La question était de savoir comment répartir la somme entre, d'une part, les éléments imposables (la perte du salaire et des options d'achat d'actions) et, d'autre part, les éléments non imposables (l'embarras, l'anxiété et le désagrément). Pour décider de la répartition de la somme forfaitaire, notre Cour a tenu compte de la correspondance entre les avocats des parties, ainsi que du témoignage du contribuable sur les négociations ayant mené au règlement. Jugeant la preuve insuffisante, elle a conclu qu'aucune partie de la somme n'était imposable.

L'arrêt *Curran c. M.N.R.*, [1959] R.C.S. 850, portait sur la répartition d'une somme entre la rétribution de services et l'indemnisation pour la perte d'un bien en capital. Notre Cour a tenu compte d'une deuxième entente intervenue entre les parties, de l'origine du paiement et du témoignage du débiteur quant à l'objet du paiement.

Si l'on applique le principe de la substitution aux faits de l'espèce, le versement de la somme visait généralement à libérer la compagnie d'assurance de l'obligation alléguée et à éteindre par le fait même les droits que M^me^ Tsiaprailis prétendait avoir en application de la police d'assurance invalidité. Le montant de la somme forfaitaire a été négocié en fonction de trois éléments, les arriérés, les prestations futures et les dépens, une somme étant attribuée à chacun d'eux.

Il s'agit d'une qualification différente de celle proposée par l'intimée, qui prétend que la somme forfaitaire [TRADUCTION] « comprend » un montant

arrears and an amount for future benefits. As the release states, Manulife explicitly denied liability under the insurance contract. Moreover, throughout the settlement process, it disputed Ms. Tsiaprailis's claim that she was totally disabled and entitled to any payments under the policy. Although the parties' negotiations were undoubtedly related to what Ms. Tsiaprailis felt she was entitled to under the policy, those amounts were used more as a way to gauge the reasonableness of any compromise, rather than as a replacement mechanism.

pour les arriérés et un autre pour les prestations futures. Dans la renonciation, Manuvie nie expressément toute obligation de sa part en exécution du contrat d'assurance. Qui plus est, tout au long du processus de règlement, elle a contesté l'invalidité totale de M^me^ Tsiaprailis et son droit à quelque paiement que ce soit en vertu de la police. Lors des négociations, les parties ont certes tenu compte des montants auxquels M^me^ Tsiaprailis estimait avoir droit suivant la police, mais elles l'ont fait dans le but d'apprécier le caractère raisonnable d'un compromis, plutôt que dans l'optique d'un éventuel remplacement du revenu.

III. Conclusion

III. Conclusion

The payment resulted from a court action seeking declaratory rights arising from and in consequence of disputed eligibility under a disability policy. The parties never came to an agreement about the value either of the arrears or the future benefits. They did not settle pursuant to liabilities flowing from the policy, but to avoid a judicial determination of what amounts, if any, were owed under it.

56 Le paiement a été effectué en conséquence d'une demande de jugement déclaratoire présentée par suite du refus de l'assureur de verser les prestations prévues par une police d'assurance invalidité. Les parties ne se sont jamais entendues sur le montant des arriérés ni sur celui des prestations futures. Le règlement n'est pas intervenu conformément aux obligations découlant de la police, mais pour éviter qu'un tribunal ne se prononce sur le montant exigible en exécution de celle-ci, le cas échéant.

The lump sum payment is, in short, an amount paid to extinguish any liability for claims that might be asserted because of a disability policy. It is not, however, a payment made in accordance with or in compliance with that policy, and is not, therefore, a payment made pursuant to it.

57 En résumé, la somme forfaitaire a été versée pour éteindre toute obligation d'acquiescer à une demande susceptible d'être formulée sur le fondement de la police d'assurance invalidité. Il ne s'agit toutefois pas d'un paiement effectué en conformité avec cette police ni, par conséquent, en vertu de celle-ci.

As discussed above, absent a contrary statutory provision or evidence of a sham, the legal realities of a transaction will be respected for tax purposes even if they seem to conflict with its economic ones. The respondent concedes that the parties negotiated a settlement agreement in good faith, that the transaction was not a sham, and that there was no collusion. Absent such colourability, as this Court said in *Shell*, the taxpayer's *bona fide* settlement agreement should not be recharacterized. In this case, a payment resulting from an insurance policy but made pursuant to a *bona fide* lump sum

58 Je l'ai déjà mentionné, à défaut d'une disposition législative contraire ou de la preuve d'un trompe-l'œil, la nature juridique d'une opération sera respectée en matière fiscale même si elle paraît s'opposer à sa nature économique. L'intimée reconnaît que les parties ont négocié un règlement de bonne foi, que l'opération n'était pas un trompe-l'œil et qu'il n'y a pas eu collusion. Dans l'arrêt *Shell*, notre Cour a statué que, faute d'une telle entente secrète, le règlement véritable dont convient le contribuable ne doit pas faire l'objet d'une nouvelle qualification. En l'espèce, la somme versée en conséquence d'une

settlement agreement should not be recharacterized as a payment made "pursuant to" that policy.

police d'assurance, mais en vertu d'une entente véritable prévoyant le paiement d'une somme forfaitaire en règlement du litige ne doit pas, à l'issue d'une nouvelle qualification, être considérée comme un paiement effectué « en vertu » de cette police.

59 Accordingly, I would allow the appeal with costs.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed, MAJOR, LEBEL *and* ABELLA JJ. *dissenting.*

Pourvoi rejeté, les juges MAJOR, LEBEL *et* ABELLA *sont dissidents.*

Solicitors for the appellant: Miller Canfield Paddock & Stone, Windsor; Wilson Walker, Windsor.

Procureurs de l'appelante : Miller Canfield Paddock & Stone, Windsor; Wilson Walker, Windsor.

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

Procureur de l'intimée : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Cecil Decorte *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* DECORTE

Neutral citation: 2005 SCC 9.

File No.: 30081.

Hearing and judgment: December 10, 2004.

Reasons delivered: February 25, 2005.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Police — Powers of First Nations Constables — Whether First Nations Constables may set up R.I.D.E. operations just outside reserves they are engaged primarily to serve — Whether First Nations Constables then remain "peace officers" within meaning of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 "peace officer" (c), 145(3), 254(5) — Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8, s. 48 — Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, ss. 42(1), 54(3).

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — First Nations Constables setting up R.I.D.E. operations just outside reserves they are engaged primarily to serve — Accused stopped, arrested and charged with two offences under Criminal Code — Whether accused arbitrarily detained by First Nations Constables — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9.

The accused was stopped by two First Nations Constables, both members of the Anishinabek Police Service, just outside the Fort William Reserve in Ontario. They had mounted a "R.I.D.E." operation at an intersection through which motorists pass on their way to and from the reserve. The accused was charged with refusal to comply with a breathalyzer demand and failure to comply with a recognizance. He was convicted of the latter offence after the trial judge held that the First Nations Constables could set up R.I.D.E. operations

Cecil Decorte *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* DECORTE

Référence neutre : 2005 CSC 9.

N° du greffe : 30081.

Audition et jugement : 10 décembre 2004.

Motifs déposés : 25 février 2005.

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

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

Droit criminel — Police — Pouvoirs des agents des premières nations — Les agents des premières nations peuvent-ils mettre sur pied des opérations R.I.D.E. juste à l'extérieur des réserves au service desquelles ils ont principalement été embauchés? — Les agents des premières nations sont-ils encore, alors, des « agents de la paix » au sens du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 « agent de la paix » c), 145(3), 254(5) — Code de la route, L.R.O. 1990, ch. H.8, art. 48 — Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 42(1), 54(3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Opération R.I.D.E. mise sur pied par des agents des premières nations juste à l'extérieur des réserves au service desquelles ils ont principalement été embauchés — Accusé intercepté, arrêté et inculpé de deux infractions au Code criminel — L'accusé a-t-il été détenu arbitrairement par les agents des premières nations? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9.

L'accusé a été intercepté par deux agents de police des premières nations, membres du Service de police Anishinabek, juste à l'extérieur de la réserve de Fort William en Ontario. Ils avaient monté une opération « R.I.D.E. » à une intersection où passent les véhicules qui vont à la réserve ou qui en viennent. L'accusé a été inculpé de refus d'obtempérer à un ordre de se soumettre à un alcootest et d'avoir omis de se conformer à un engagement. Il a été reconnu coupable de cette dernière infraction, le juge du procès ayant conclu que les agents

just outside the Reserve and therefore did not arbitrarily detain the accused. The Court of Appeal upheld the accused's conviction.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 48 of the *Highway Traffic Act* empowers police officers in Ontario to conduct roadside stops for R.I.D.E. purposes. Although First Nations Constables are not "police officers" within the meaning of the *Police Services Act* ("*P.S.A.*"), s. 54(3) *P.S.A.* nonetheless expressly attributes them with "the powers of a police officer" for the purpose of carrying out their "specified duties". The "specified duties" of these First Nations Constables, set out in art. 12.2 of the *Anishinabek Police Service Agreement 1999-2004*, correspond in substance to those vested in police officers by s. 42(1) *P.S.A.*, thereby also empowering them to conduct roadside stops for R.I.D.E. purposes. The "territorial jurisdiction" of the members of the Anishinabek Police Service is not confined to the territorial limits of that community; rather, it is determined by relevant statutes and regulations, by agreements to which they are subject and by the terms of their appointment or engagement, and these sources of authority empower them to act "in and for the Province of Ontario". Finally, all members of the Anishinabek Police Service are "peace officers" within the meaning of para. (*c*) of that definition in s. 2 of the *Criminal Code* and these First Nations Constables were therefore empowered by s. 254(3) to demand a breath sample and arrest the accused for failing to comply with the demand. Since the accused was detained pursuant to the lawful exercise by the First Nations Constables of their power to set up a R.I.D.E. operation just outside the Reserve, the evidence upon which he was convicted was obtained in a manner that did not infringe his right under s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* "not to be arbitrarily detained or imprisoned". [14-29]

Cases Cited

Approved: *R. v. Stephens* (1995), 102 C.C.C. (3d) 416; **referred to:** *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621.

Statutes and Regulations Cited

Anishinabek Police Service Agreement 1999-2004, preamble, arts. 2.1, 5.2(c), 12.2.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(2).

de police des premières nations pouvaient mettre sur pied des opérations R.I.D.E. juste à l'extérieur de la réserve et qu'ils n'avaient donc pas détenu arbitrairement l'accusé. La Cour d'appel a maintenu la déclaration de culpabilité de l'accusé.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'article 48 du *Code de la route* confère aux agents de police de l'Ontario le pouvoir d'établir des contrôles routiers dans le cadre du programme R.I.D.E. Même si les agents de police des premières nations ne sont pas des « agents de police » au sens de la *Loi sur les services policiers* ("*L.S.P.*"), le par. 54(3) de la *L.S.P.* leur confère néanmoins expressément « les pouvoirs d'un agent de police » aux fins de l'exercice de leurs « fonctions précises ». Les « fonctions précises » de ces agents des premières nations, énoncées à l'art. 12.2 de l'*Anishinabek Police Service Agreement 1999-2004*, correspondent essentiellement à celles que le par. 42(1) de la *L.S.P.* confère aux agents de police, ce qui les autorise aussi à établir des contrôles routiers dans le cadre du programme R.I.D.E. La « compétence territoriale » des membres du Service de police Anishinabek n'est pas restreinte aux limites territoriales de cette communauté; elle est plutôt fonction des lois et règlements applicables, des accords auxquels ils sont assujettis et des modalités assortissant leur nomination ou leur embauche, lesquels leur confèrent le pouvoir d'agir « dans la province de l'Ontario ». Enfin, tous les membres du Service de police Anishinabek sont des « agents de la paix » au sens de l'al. *c*) de la définition de cette expression à l'art. 2 du *Code criminel* et ces agents de police des premières nations étaient donc autorisés par le par. 254(3) à ordonner qu'un échantillon d'haleine soit fourni et à arrêter l'accusé pour refus d'obtempérer à cet ordre. Puisque l'accusé a été détenu dans le cadre de l'exercice légitime, par les agents de police des premières nations, de leur pouvoir de monter une opération R.I.D.E. juste à l'extérieur de la réserve, les éléments de preuve sur lesquels était fondée sa déclaration de culpabilité ont été obtenus dans des conditions qui ne portaient pas atteinte à la protection contre « la détention ou l'emprisonnement arbitraires » que lui garantit l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [14-29]

Jurisprudence

Arrêt approuvé : *R. c. Stephens* (1995), 102 C.C.C. (3d) 416; **arrêts mentionnés :** *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621.

Lois et règlements cités

Anishinabek Police Service Agreement 1999-2004, préambule, art. 2.1, 5.2c), 12.2.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 24(2).

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 "peace officer" (*c*), 145(3), 254.
Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8, s. 48.
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, ss. 42(1), 54(1) to (3).

Authors Cited

Canada. Solicitor General of Canada. *First Nations Policing Policy*. Ottawa: The Ministry, 1996.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Catzman, Abella and Gillese JJ.A.) [2003] O.J. No. 3497 (QL), upholding the accused's conviction for failing to comply with a recognizance, [2002] O.J. No. 1995 (QL), [2002] O.T.C. 346. Appeal dismissed.

Irwin Koziebrocki, for the appellant.

Michal Fairburn, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

Cecil Decorte, driving a black Chevrolet, was stopped shortly before 1 a.m. on November 25, 2000, by two First Nations Constables just outside the Fort William Reserve, which abuts the City of Thunder Bay, in Ontario.

The constables, Murray Pelletier and Derek Johnson, were both members of the Anishinabek Police Service. They had mounted a "R.I.D.E." operation at an intersection through which motorists pass on their way to and from the Reserve. "R.I.D.E." has become an acronym for "Reduce Impaired Driving Everywhere". The "E" in "R.I.D.E." initially stood for "Etobicoke", where this police procedure was introduced, in the early 1980s: *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2.

R.I.D.E. programmes are authorized in Ontario by s. 48 of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990,

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 « agent de la paix » *c*), 145(3), 254.
Code de la route, L.R.O. 1990, ch. H.8, art. 48.
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 42(1), 54(1) à (3).

Doctrine citée

Canada. Solliciteur général du Canada. *Politique sur la police des Premières nations*. Ottawa : Le Ministère, 1996.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Catzman, Abella et Gillese), [2003] O.J. No. 3497 (QL), qui a maintenu la déclaration de culpabilité de l'accusé pour avoir omis de se conformer à un engagement, [2002] O.J. No. 1995 (QL), [2002] O.T.C. 346. Pourvoi rejeté.

Irwin Koziebrocki, pour l'appelant.

Michal Fairburn, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

1 Cecil Decorte, qui conduisait une Chevrolet noire, a été arrêté peu avant 1 h du matin le 25 novembre 2000 par deux agents de police des premières nations tout juste à l'extérieur de la réserve de Fort William, limitrophe de la ville de Thunder Bay, en Ontario.

2 Les deux agents, Murray Pelletier et Derek Johnson, étaient membres du Service de police Anishinabek. Ils ont monté une opération « R.I.D.E. » à une intersection où passent les véhicules qui vont à la réserve ou qui en viennent. « R.I.D.E. » est l'acronyme de « *Reduce Impaired Driving Everywhere* », un programme de promotion de la sobriété au volant. La lettre « E » de l'acronyme « R.I.D.E. » indiquait initialement « Etobicoke », la ville où ce programme policier a été lancé au début des années 80 : *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2.

3 Les programmes R.I.D.E. sont autorisés en Ontario par l'art. 48 du *Code de la route*, L.R.O.

c. H.8 ("*H.T.A.*"), which permits police officers to randomly stop drivers "for the purpose of determining whether or not there is evidence to justify making a [breath sample, or 'breathalyzer'] demand under section 254 of the *Criminal Code*". Random stops of this sort pass constitutional muster: *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621.

4 Mr. Decorte refused to comply with a breathalyzer demand made by Officer Johnson and he was charged for that reason under s. 254(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. He was charged as well, under s. 145(3) of the *Code*, with failure to comply with a recognizance: At the time of his arrest, Mr. Decorte was bound by a recognizance, entered into some six months earlier, to refrain from consuming alcohol and to remain in an alcohol-free residence between 4:00 p.m. and 10:00 a.m. He was stopped at the wheel of his car, with alcohol on his breath, in breach of the curfew.

5 For reasons that do not concern us here, Mr. Decorte was acquitted of the breathalyzer offence. He was convicted, however, for having failed to comply with the recognizance ([2002] O.J. No. 1995 (QL)) and his conviction was affirmed by the Court of Appeal for Ontario ([2003] O.J. No. 3497 (QL)).

6 There is no question that Mr. Decorte's conviction is fully supported by the evidence. The issue is whether that evidence ought to have been excluded by the trial judge under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Essentially, Mr. Decorte submits that the evidence ought to have been excluded on the ground that he was "arbitrarily detained", within the meaning of s. 9 of the *Charter*, by the First Nations Constables who stopped, arrested and charged him.

7 That depends on whether First Nations Constables may set up R.I.D.E. operations just outside the reserves they are engaged primarily to serve and

1990, ch. H.8, qui permet aux agents de police d'exiger de conducteurs choisis au hasard qu'ils s'arrêtent « pour établir s'il y a lieu ou non de le[s] soumettre à l'épreuve [échantillon d'haleine, ou "alcootest" »] visée à l'article 254 du *Code criminel* ». Ce genre d'interception au hasard résiste à l'examen de sa constitutionnalité : *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621.

M. Decorte a refusé d'obtempérer à l'ordre de l'agent Johnson de se soumettre à un alcootest et pour cette raison, il a été accusé en vertu du par. 254(5) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Il a également été accusé, en vertu du par. 145(3) du *Code*, d'avoir omis de se conformer à un engagement : au moment de son arrestation, M. Decorte était tenu de respecter un engagement, contracté environ six mois plus tôt, de s'abstenir de consommer de l'alcool et de demeurer dans une maison où il n'y a pas d'alcool entre 4 h de l'après-midi et 10 h du matin. On l'a intercepté au volant de son automobile; son haleine dégageait une odeur d'alcool et il n'avait pas respecté ses heures d'entrée.

Pour des motifs dont nous n'avons pas à nous préoccuper en l'espèce, M. Decorte a été acquitté de l'infraction d'avoir refusé de se soumettre à l'alcootest. Il a toutefois été déclaré coupable d'avoir omis de se conformer à son engagement ([2002] O.J. No. 1995 (QL)) et la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé sa déclaration de culpabilité ([2003] O.J. No. 3497 (QL)).

Il ne fait aucun doute que la déclaration de culpabilité de M. Decorte est pleinement étayée par la preuve. La question est de savoir si le juge du procès aurait dû exclure cette preuve en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Essentiellement, M. Decorte allègue que la preuve aurait dû être exclue parce qu'il a été l'objet, de la part des agents de police des premières nations qui l'ont intercepté, arrêté et inculpé, d'une « détention arbitraire » au sens de l'art. 9 de la *Charte*.

Tout dépend de la réponse à la question de savoir si les agents de police des premières nations peuvent mettre sur pied des opérations R.I.D.E. juste

whether they then remain "peace officers" within the meaning of s. 254 of the *Criminal Code*.

After examining the materials placed before us and hearing the parties, we were all satisfied that these two questions were correctly answered in the affirmative by the trial judge ([2002] O.J. No. 5511 (QL) (*voir dire*)) and the Court of Appeal, both relying on the earlier decision of the Court of Appeal in *R. v. Stephens* (1995), 102 C.C.C. (3d) 416.

We therefore dismissed the appeal, with reasons to follow.

These are our reasons.

II

Mr. Decorte, as mentioned earlier, was stopped just outside the Fort William Reserve at a R.I.D.E. checkstop operated by Murray Pelletier and Derek Johnson, two First Nations Constables employed by the Anishinabek Police Service.

The Anishinabek Police Service was established pursuant to a First Nations Policing Policy introduced by the Government of Canada in 1991. Under its auspices, tripartite agreements between federal, provincial or territorial and First Nations authorities have been negotiated across Canada. Their objective is to "improve the administration of justice for First Nations through the establishment of First Nations police services that are professional, effective, and responsive to the particular needs of the community" (*First Nations Policing Policy* (1996), at p. 2).

These agreements are meant to afford First Nations communities professional, well-trained and culturally sensitive police officers with "the same responsibilities . . . as other police officers in Canada . . . [and] the authority to enforce applicable

à l'extérieur des réserves au service desquelles ils ont principalement été embauchés et si, en menant ces opérations, ils sont encore des « agents de la paix » au sens de l'art. 254 du *Code criminel*.

8 Après avoir examiné les documents versés au dossier et entendu les parties, nous étions tous convaincus que le juge du procès ([2002] O.J. No. 5511 (QL) (voir-dire)) et la Cour d'appel, qui se sont fondés sur l'arrêt de la Cour d'appel dans *R. c. Stephens* (1995), 102 C.C.C. (3d) 416, ont eu raison de donner une réponse affirmative à ces deux questions.

9 Nous avons donc rejeté le pourvoi en indiquant que les motifs seraient déposés ultérieurement.

10 Les voici.

II

11 Comme je l'ai déjà mentionné, M. Decorte a été intercepté tout juste à l'extérieur de la réserve de Fort William où Murray Pelletier et Derek Johnson, deux agents de police des premières nations à l'emploi du Service de police Anishinabek, procédaient à un contrôle routier dans le cadre du programme R.I.D.E.

12 Le Service de police Anishinabek a été créé conformément à la Politique sur la police des Premières nations mise en œuvre par le gouvernement du Canada en 1991. Aux termes de cette politique, des accords tripartites ont été négociés dans tout le Canada entre le gouvernement fédéral, les provinces ou les territoires et les autorités des premières nations. Leur objectif consiste à « améliorer l'administration de la justice au sein des Premières nations par des mesures concrètes, c'est-à-dire en mettant sur pied, de concert avec les collectivités, des services de police professionnels, efficaces et adaptés à leurs besoins particuliers » (*Politique sur la police des Premières nations* (1996), p. 3).

13 Ces accords visent à mettre à la disposition des collectivités des premières nations des agents de police professionnels, qualifiés et adaptés à la culture qui ont « les mêmes responsabilités [. . .] que les autres policiers du Canada [. . .] [et qui sont]

provincial and federal laws (including the *Criminal Code*), as well as Band by-laws" (*id.*, at p. 4).

14 In Ontario, the statutory underpinning for the appointment of First Nations Constables is found in s. 54 of the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15 ("*P.S.A.*"), which provides:

54.—(1) With the Commission's approval, the Commissioner may appoint a First Nations Constable to perform specified duties.

(2) If the specified duties of a First Nations Constable relate to a reserve as defined in the *Indian Act* (Canada), the appointment also requires the approval of the reserve's police governing authority or band council.

(3) The appointment of a First Nations Constable confers on him or her the powers of a police officer for the purpose of carrying out his or her specified duties.

. . .

15 For reasons that are irrelevant here, First Nations Constables are not "police officers" within the meaning of the *P.S.A.*; s. 54(3), as we have just seen, nonetheless expressly attributes to them "the powers of a police officer" for the purpose of carrying out their "specified duties" (unless otherwise indicated, the emphasis throughout is mine).

16 When Mr. Decorte was stopped and arrested, the "specified duties" of Officers Pelletier and Johnson were set out in art. 12.2 of the *Anishinabek Police Service Agreement 1999-2004*, which was entered into by 17 First Nations, including the Fort William First Nation. These duties included but were not limited to:

(a) preserving the peace and order and public safety;

. . .

(c) preventing crimes and providing assistance and encouragement to other persons in their prevention of crime;

en mesure de faire respecter les lois provinciales et fédérales applicables (y compris le *Code criminel*) ainsi que les règlements des bandes) » (*id.*, p. 5).

En Ontario, le fondement législatif qui permet de nommer des agents de police des premières nations dans cette province se trouve à l'art. 54 de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15 (« *L.S.P.* ») qui dispose :

54 (1) Le commissaire peut, avec l'approbation de la Commission, nommer des agents des premières nations pour exercer des fonctions précises.

(2) Si les fonctions précises d'un agent des premières nations concernent une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens* (Canada), la nomination exige également l'approbation de l'organe responsable de la police sur la réserve ou bien du conseil de bande.

(3) La nomination d'un agent des premières nations confère à ce dernier les pouvoirs d'un agent de police aux fins de l'exercice de ses fonctions précises.

. . .

Pour des raisons qui sont étrangères à l'espèce, les agents de police des premières nations ne sont pas des « agents de police » au sens de la *L.S.P.*; néanmoins, le par. 54(3), comme nous venons de le voir, leur confère expressément « les pouvoirs d'un agent de police » aux fins de l'exercice de leurs « fonctions précises » (sauf indication contraire, c'est moi qui souligne).

Au moment où M. Decorte a été intercepté et arrêté, les « fonctions précises » des agents Pelletier et Johnson étaient énoncées à l'art. 12.2 de l'*Anishinabek Police Service Agreement 1999-2004*, conclue par 17 premières nations, y compris la Première nation de Fort William. Ces fonctions étaient notamment :

[TRADUCTION]

a) de préserver la paix, l'ordre et la sécurité publique;

. . .

c) de prévenir les actes criminels et d'apporter aide et encouragement aux autres personnes qui participent à leur prévention;

(d) accident prevention through the promotion of the safe use of vehicles and vessels;

. . .

(i) apprehending alleged offenders and others who may lawfully be taken into custody;

(j) laying charges and participating in prosecutions;

. . .

d) de prévenir les accidents en encourageant l'utilisation sécuritaire des véhicules et des bateaux;

. . .

i) d'appréhender les contrevenants présumés et les autres personnes qui peuvent légalement être placées sous garde;

j) de déposer des accusations et de participer aux poursuites;

. . .

The "specified duties" of Officers Pelletier and Johnson relevant to this case thus corresponded in substance to those vested in police officers in Ontario by s. 42(1) of the *P.S.A.*

Moreover, there is no dispute that police officers in Ontario were empowered by s. 48(1) of the *H.T.A.* to establish the kind of R.I.D.E. operation which led Officers Pelletier and Johnson to intercept and detain Mr. Decorte and to lay the charge that concerns us here.

Officers Pelletier and Johnson thus shared the specified duties of police officers — and, in virtue of s. 54(3) of the *P.S.A.* — the powers of police officers to establish the kind of random roadside stop that resulted in Mr. Decorte's detention, arrest and conviction.

Like other regional and municipal police officers, members of the Anishinabek Police Service are appointed to serve their own community in the absence of specific agreements to the contrary. But they are not confined in the discharge of their duties to the territorial limits of that community. Their "territorial jurisdiction" is determined instead by relevant statutes and regulations, by agreements to which they are subject and by the terms of their appointment or engagement.

Finally, all members of the Anishinabek Police Service are "peace officers" within the meaning of para. (*c*) of that definition in s. 2 of the *Criminal*

17 Les « fonctions précises » des agents Pelletier et Johnson pertinentes en l'espèce correspondent ainsi essentiellement à celles que le par. 42(1) de la *L.S.P.* confère aux agents de police de l'Ontario.

18 De plus, nul ne conteste que le par. 48(1) du *Code de la route* conférait aux agents de police de l'Ontario le pouvoir de monter une opération du genre de celles que prévoit le programme R.I.D.E. et qui a amené les agents Pelletier et Johnson à intercepter et détenir M. Decorte et à porter l'accusation ici en cause.

19 Les agents Pelletier et Johnson exerçaient donc les fonctions précises des agents de police et, suivant le par. 54(3) de la *L.S.P.*, les pouvoirs qui permettent aux agents de police de procéder à ce genre d'interception au hasard qui a mené à la détention, à l'arrestation et à la déclaration de culpabilité de M. Decorte.

20 À l'instar d'autres agents de police régionaux et municipaux, les membres du Service de police Anishinabek sont nommés pour servir leur propre communauté à moins d'accords prévoyant expressément le contraire. Mais l'exercice de leurs fonctions n'est pas restreint aux limites territoriales de cette communauté. Leur « compétence territoriale » est plutôt fonction des lois et règlements applicables, des accords auxquels ils sont assujettis et des modalités assortissant leur nomination ou leur embauche.

21 Enfin, tous les membres du Service de police Anishinabek sont des « agents de la paix » au sens de l'al. *c*) de la définition de cette expression au

Code. As a "peace officer", Officer Johnson was therefore empowered by s. 254(3) of the *Code* to demand that Mr. Decorte provide a breath sample and, with Officer Pelletier, to arrest Mr. Decorte for failing to comply with that demand.

22 It follows inexorably that Officers Pelletier and Johnson were authorized by the combined effect of s. 48(1) of the *H.T.A.* and s. 54(3) of the *P.S.A.* to set up the roadside checkstop that netted Mr. Decorte — unless, as Mr. Decorte contends, their power to do so could only be exercised within the perimeter of the Fort William Reserve.

23 I turn now to that issue.

III

24 As I mentioned earlier, s. 54 of the *P.S.A.* is the statutory source of the authority exercised by First Nations Constables in Ontario. Section 54(1) provides that First Nations Constables are appointed, with the approval of the Police Commission, by the Commissioner of the Ontario Provincial Police (the "Commissioner").

25 Officers Pelletier and Johnson were both appointed by the Commissioner "to act as a First Nations Constable for the Province of Ontario . . . for the purpose of performing law enforcement functions in Ontario while acting as a First Nations Constable pursuant to First Nations Policing Agreements . . .". (Ministry of the Solicitor General, Ontario Civilian Commission on Police Services, *First Nations Constable Appointment* (pursuant to the provisions of s. 54 of the *P.S.A.*))

26 Article 2.1 of the *Anishinabek Police Service Agreement 1999-2004*, which concerns us here, provides that a member of the Anishinabek Police Service "exercises the powers of a police officer in and for the Province of Ontario . . .".

27 The oath of office taken by Officers Pelletier and Johnson refers to the "discharge [of their] duties as a Police Officer with the Anishinabek Police Service

Code criminel. Le paragraphe 254(3) du *Code* autorisait donc l'agent Johnson, en tant qu'« agent de la paix », à ordonner à M. Decorte de fournir un échantillon d'haleine et, en compagnie de l'agent Pelletier, à arrêter M. Decorte pour refus d'obtempérer à cet ordre.

Il s'ensuit inexorablement que les agents Pelletier et Johnson étaient autorisés, par l'effet conjugué du par. 48(1) du *Code de la route* et du par. 54(3) de la *L.S.P.*, à mettre sur pied le contrôle routier ayant conduit à l'arrestation de M. Decorte — à moins que l'exercice de leur pouvoir, comme le prétend M. Decorte, ne soit limité qu'au seul territoire de la réserve de Fort William.

J'examine maintenant cette question.

III

Comme je l'ai déjà indiqué, l'art. 54 de la *L.S.P.* constitue le fondement législatif de l'exercice du pouvoir des agents de police des premières nations en Ontario. Selon le par. 54(1), les agents des premières nations sont nommés, avec l'approbation de la Commission de police, par le commissaire de la Police provinciale de l'Ontario (« commissaire »).

Les agents Pelletier et Johnson ont tous deux été nommés par le commissaire [TRADUCTION] « à titre d'agent[s] des premières nations pour la province de l'Ontario [. . .] en vue d'exercer des fonctions policières en Ontario tout en agissant à titre d'agent[s] des premières nations conformément aux accords sur les services de police des premières nations . . . » (ministère du Solliciteur général, Commission civile des services policiers de l'Ontario, *Nomination d'une agente ou d'un agent des premières nations* (conformément à l'art. 54 de la *L.S.P.*)).

Selon l'article 2.1 de l'*Anishinabek Police Service Agreement 1999-2004*, qui nous intéresse en l'espèce, un membre du Service de police Anishinabek [TRADUCTION] « exerce les pouvoirs d'un agent de police dans la province de l'Ontario . . . ».

Dans leur serment d'entrée en fonction, les agents Pelletier et Johnson se sont engagés à [TRADUCTION] « s'acquitter [de leurs] fonctions d'agent[s] de police

in the Province of Ontario". And, in each instance, the Identification Certificate provided to them by the Commissioner states that they are empowered to exercise their authority "in the Province of Ontario".

The preamble of the *Anishinabek Police Service Agreement 1999-2004* reflects the manifest intention of the parties to it: The Anishinabek Police Service was established "to serve the policing needs of the Member Nations" and, generally, to discharge its duties on the "Anishinabek Territory" — which includes the Fort William Reserve. But its members are plainly empowered by the sources of their authority, including their formal appointments, to discharge their policing duties outside that Territory, anywhere in Ontario, in relation to the First Nations communities they are employed primarily to serve. I say "primarily" because art. 5.2(c) of the *Anishinabek Police Service Agreement 1999-2004* expressly includes, as a "goal" of the Anishinabek Police Service, to provide police services, upon request, "to non-aboriginal communities in Ontario, when possible or when resources permit".

Mr. Decorte was detained pursuant to the lawful exercise by Officers Johnson and Pelletier of their power to set up a R.I.D.E. operation just outside the Fort William Reserve. Since he was not "arbitrarily detained or imprisoned", the evidence upon which he was convicted was obtained in a manner that did not infringe his right under s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. His application to exclude that evidence under s. 24(2) of the *Charter* was therefore properly dismissed by the trial judge.

IV

Conclusion

There are two issues in this case. The first is whether the officers who stopped and detained the

du Service de police Anishinabek dans la province de l'Ontario ». De même, dans chaque cas, la pièce d'identification que leur a remis le commissaire indique qu'ils peuvent exercer leurs pouvoirs « dans la province de l'Ontario ».

28 Le préambule de l'*Anishinabek Police Service Agreement 1999-2004* exprime l'intention manifeste des parties : le Service de police Anishinabek est établi en vue [TRADUCTION] « de répondre aux besoins de maintien de l'ordre des nations membres » et, en général, de s'acquitter de ses fonctions sur le « territoire Anishinabek », qui englobe la réserve de Fort William. Mais les sources qui établissent le pouvoir de ses membres, y compris leur nomination officielle, leur confèrent manifestement le pouvoir de s'acquitter de leurs fonctions policières à l'extérieur de ce territoire, partout en Ontario, à l'égard des collectivités des premières nations au service desquelles ils ont principalement été embauchés. Je dis « principalement » parce que l'un des « objectifs » du Service de police Anishinabek, expressément mentionné à l'art. 5.2c) de l'*Anishinabek Police Service Agreement 1999-2004*, prévoit que des services policiers sont fournis, sur demande, [TRADUCTION] « à des collectivités non autochtones d'Ontario lorsque cela est possible ou que les ressources le permettent ».

29 M. Decorte a été détenu dans le cadre de l'exercice légitime, par les agents Johnson et Pelletier, de leur pouvoir de monter une opération R.I.D.E. juste à l'extérieur de la réserve de Fort William. Comme M. Decorte n'a pas été contraint à « la détention ou l'emprisonnement arbitraires », les éléments de preuve sur lesquels était fondée sa déclaration de culpabilité ont été obtenus dans des conditions qui ne portaient pas atteinte au droit que lui garantit l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a donc eu raison de rejeter sa demande d'exclusion de la preuve fondée sur le par. 24(2) de la *Charte*.

IV

Conclusion

30 Deux questions se posent en l'espèce. La première est de savoir si les agents qui ont intercepté

appellant, Cecil Decorte, were authorized by law to set up a R.I.D.E. operation just outside the Fort William Reserve. The second is whether they were then "peace officers" within the meaning of s. 254 of the *Criminal Code*.

31 As mentioned at the outset, we were all of the view at the conclusion of the hearing that both questions should be answered in the affirmative and it is for these reasons that the appeal was dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Irwin Koziebrocki, Toronto.

Solicitor for the respondent: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.

et détenu l'appelant, Cecil Decorte, étaient autorisés par la loi à mettre sur pied une opération R.I.D.E. tout juste à l'extérieur de la réserve de Fort William. La deuxième est de savoir s'ils étaient alors des « agents de la paix » au sens de l'art. 254 du *Code criminel*.

Comme je l'ai indiqué au début, nous étions tous d'avis à la fin de l'audience que ces deux questions doivent recevoir une réponse affirmative et c'est pourquoi nous avons rejeté le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Irwin Koziebrocki, Toronto.

Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

UL Canada Inc. *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec and Fédération des producteurs de lait du Québec *Respondents*

and

Attorney General of Canada and Attorney General of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: UL CANADA INC. *v.* QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2005 SCC 10.

File No.: 30065.

2005: March 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Colour of margarine — Provincial regulatory provision respecting colour of margarine constitutional — Provision falling within provincial jurisdiction over local trade — Constitution Act, 1867, s. 92 — Regulation respecting dairy products substitutes, R.R.Q. 1981, c. P-30, r. 15, s. 40(1)(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Regulatory provision respecting colour of margarine not infringing freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Regulation respecting dairy products substitutes, R.R.Q. 1981, c. P-30, r. 15, s. 40(1)(c).

Administrative law — Regulations — Validity — Regulatory provision respecting colour of margarine valid — Provision clearly authorized by enabling legislation — Regulation respecting dairy products substitutes, R.R.Q. 1981, c. P-30, r. 15, s. 40(1)(c).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Mailhot, Brossard and Nuss JJ.A.), [2003] R.J.Q. 2729, 234 D.L.R. (4th) 398, 10 Admin. L.R.

UL Canada Inc. *Appelante*

c.

Procureur général du Québec et Fédération des producteurs de lait du Québec *Intimés*

et

Procureur général du Canada et procureur général de l'Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : UL CANADA INC. *c.* QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2005 CSC 10.

N° du greffe : 30065.

2005 : 17 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Coloration de la margarine — Constitutionnalité de la disposition réglementaire provinciale sur la coloration de la margarine confirmée — Disposition relevant de la compétence des provinces sur le commerce local — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92 — Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q. 1981, ch. P-30, r. 15, art. 40(1)c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Disposition réglementaire sur la coloration de la margarine — Aucune atteinte à la liberté d'expression — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q. 1981, ch. P-30, r. 15, art. 40(1)c).

Droit administratif — Règlement — Validité — Disposition réglementaire sur la coloration de la margarine valide — Disposition clairement autorisée par la loi habilitante — Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q. 1981, ch. P-30, r. 15, art. 40(1)c).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Mailhot, Brossard et Nuss), [2003] R.J.Q. 2729, 234 D.L.R. (4th) 398, 10 Admin. L.R.

(4th) 36, [2003] Q.J. No. 13505 (QL), affirming a decision of Guthrie J., [1999] R.J.Q. 1720, [1999] Q.J. No. 1540 (QL). Appeal dismissed.

Gérald R. Tremblay, Q.C., and *Donald Bisson*, for the appellant.

Jean-François Jobin, Éric Théroux and *Raymond Tremblay*, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Claude Savoie and *Véronique Brouillette*, for the respondent Fédération des producteurs de lait du Québec.

Normand Lemyre and *Warren J. Newman*, for the intervener the Attorney General of Canada.

M. David Lepofsky and *S. Zachary Green*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

1 LeBel J. — The appellant has not shown that this Court should intervene to reverse the judgments of the courts below. Based on the constitutional principles governing the division of legislative powers, the impugned regulatory provision is within the limits of the provinces' legislative authority over local trade. Also, the provision respecting the colour of margarine was authorized by the enabling legislation, the words of which are clear. Furthermore, the statutory interpretation arguments drawn by the appellant from provincial and international trade agreements have no effect on the validity of this provision. Finally, the appellant's freedom of expression is not compromised in light of the scope this Court has previously attributed to that fundamental freedom. For these reasons, the appeal is dismissed without costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

(4th) 36, [2003] J.Q. nº 13505 (QL), qui a confirmé une décision du juge Guthrie, [1999] R.J.Q. 1720, [1999] J.Q. nº 1540 (QL). Pourvoi rejeté.

Gérald R. Tremblay, c.r., et *Donald Bisson*, pour l'appelante.

Jean-François Jobin, Éric Théroux et *Raymond Tremblay*, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Claude Savoie et *Véronique Brouillette*, pour l'intimée la Fédération des producteurs de lait du Québec.

Normand Lemyre et *Warren J. Newman*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

M. David Lepofsky et *S. Zachary Green*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

Le juge LeBel — L'appelante n'a pas démontré que notre Cour devrait intervenir pour réformer les jugements des cours inférieures. En effet, suivant les principes constitutionnels régissant le partage des pouvoirs législatifs, la réglementation attaquée respecte les limites de l'autorité législative attribuée aux provinces en matière de commerce local. Ensuite, la réglementation sur la coloration de la margarine était autorisée par la loi habilitante. Les termes de celle-ci sont d'ailleurs clairs. De plus, les arguments d'interprétation législative que l'appelante dégage des accords provinciaux et internationaux sur le commerce n'ont pas d'effet sur la validité de la réglementation. Enfin, la liberté d'expression de l'appelante n'est pas en jeu suivant la portée que la jurisprudence de notre Cour attribue à cette liberté fondamentale. Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté sans dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent Fédération des producteurs de lait du Québec: Tremblay, Brosseau, Fleury, Savoie, Montréal.

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

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

Procureurs de l'intimée la Fédération des producteurs de lait du Québec : Tremblay, Brosseau, Fleury, Savoie, Montréal.

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

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

William Thomas Vaughan *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Alberta and Public Service Alliance of Canada *Interveners*

INDEXED AS: VAUGHAN *v.* CANADA

Neutral citation: 2005 SCC 11.

File No.: 29712.

Hearing: May 18, 2004.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Deschamps and Fish JJ.

Rehearing: January 7, 2005.

Judgment: March 18, 2005.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Labour relations — Public service — Grievances — Early retirement incentive benefits — Courts — Jurisdiction — Public servant declared surplus wishing to take advantage of early retirement incentive benefits provided by regulation, not by collective agreement — Whether workplace dispute over entitlement to these benefits must be decided under grievance procedure established by Public Service Staff Relations Act — Whether absence of "recourse to independent adjudication" in grievance procedure sufficient for courts to get involved — Whether public servant has option of going to court when dispute grievable but not arbitrable — Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1985, c. P-35, ss. 91, 92.

V, a federal public servant had been on leave without pay working in the private sector for about four years

William Thomas Vaughan *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Alberta et Alliance de la Fonction publique du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : VAUGHAN *c.* CANADA

Référence neutre : 2005 CSC 11.

N° du greffe : 29712.

Audition : 18 mai 2004.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Deschamps et Fish.

Nouvelle audition : 7 janvier 2005.

Jugement : 18 mars 2005.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Relations de travail — Fonction publique — Griefs — Prestations de retraite anticipée — Tribunaux — Compétence — Fonctionnaire déclaré excédentaire souhaitant toucher les prestations de retraite anticipée prévues par règlement, mais non par la convention collective — Le différend en matière de relations de travail au sujet du droit à ces prestations doit-il être tranché selon la procédure de grief prévue à la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique? — L'absence de « recours à un décideur indépendant » dans la procédure de grief suffit-elle pour justifier l'intervention des tribunaux? — Le fonctionnaire a-t-il la possibilité de recourir au tribunal lorsque le différend peut faire l'objet d'un grief mais non d'un arbitrage? — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-35, art. 91, 92.

V, un fonctionnaire fédéral, était en congé non payé et travaillait dans le secteur privé depuis environ quatre

when he was notified that he was surplus to the public service and would be laid off. He then sought to obtain early retirement incentive ("ERI") benefits that were available in some circumstances to federal public servants pursuant to regulation, but the government rejected his application. He was subsequently laid off.

Under the *Public Service Staff Relations Act* ("PSSRA"), a grievance may be made in respect of a wide range of workplace disputes, but such a grievance can be taken to independent arbitration only if it arises out of an arbitral award or the interpretation or application of a collective agreement or results in suspension or financial penalty, termination of employment or demotion. Thus, V's lay-off was arbitrable (his grievance was eventually dismissed by an adjudicator independent from the department) but his claim for ERI benefits, though grievable, was not arbitrable.

V declined to grieve the denial of ERI benefits under the PSSRA procedure but initiated this claim against the Crown in the Federal Court. He sought to distinguish the *Weber* line of cases that call for deference in labour relations to statutory schemes for dispute resolution on the basis that courts should not defer to a statutory scheme in respect of matters that cannot be taken to independent adjudication. His action was struck out by the prothonotary, and her decision was upheld on appeal.

Held (McLachlin C.J. and Bastarache J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.: Where, as here, Parliament has created a comprehensive scheme for dealing with labour disputes, the process set out in the legislative scheme should not be jeopardized by permitting parallel access to the courts. Accordingly, while the wording of the PSSRA is not strong enough to oust the courts' residual jurisdiction in matters grievable under s. 91 but not arbitrable under s. 92, V ought to have proceeded by way of a grievance under the PSSRA. The dispute related to employment benefits in the labour relations context. Parliament's intent manifested in the PSSRA is that in respect of benefits conferred by regulation outside the collective agreement, the decision of the Deputy Minister should be final. V ought not to be permitted to litigate his claim to ERI benefits in the courts by dressing it up as a negligence action. [29] [33-35] [39] [42]

ans lorsqu'il a été avisé qu'il était excédentaire dans la fonction publique et qu'il serait mis à pied. Il a alors cherché à toucher des prestations de retraite anticipée (« PRA ») offertes dans certains cas aux fonctionnaires fédéraux conformément à un règlement, mais le gouvernement a rejeté sa demande. Par la suite, il a été mis à pied.

Aux termes de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (« LRTFP »), toute une gamme de différends en matière de relations de travail peuvent faire l'objet d'un grief, mais ces griefs ne peuvent être soumis à l'arbitrage que s'ils découlent d'une décision arbitrale ou de l'interprétation ou de l'application d'une convention collective, ou s'ils entraînent une suspension ou une sanction pécuniaire, un licenciement ou une rétrogradation. Ainsi, la mise à pied de V pouvait faire l'objet d'un arbitrage (un arbitre indépendant du ministère a rejeté son grief en fin de compte) alors que sa demande de PRA pouvait faire l'objet d'un grief, mais non d'un arbitrage.

V n'a pas contesté le refus des PRA par voie de grief selon la procédure prévue à la LRTFP mais a intenté cette action contre l'État devant la Cour fédérale. Il a tenté de faire une distinction avec le courant jurisprudentiel de l'arrêt *Weber*, selon lequel, en matière de relations de travail, il faut s'en remettre au régime de règlement des différends prévu par la loi, en affirmant que les tribunaux ne devraient pas s'en remettre au régime prévu par la loi lorsque la question ne peut être soumise à un décideur indépendant. La protonotaire a radié son action, et cette décision a été maintenue en appel.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et le juge Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron : Lorsque le législateur a, comme en l'espèce, établi un régime complet pour le règlement des différends en matière de relations de travail, il ne faudrait pas mettre en péril le mécanisme prévu par la loi en permettant également le recours aux tribunaux. Par conséquent, bien que les termes de la LRTFP ne soient pas catégoriques au point d'écarter la compétence résiduelle des tribunaux dans les cas de différends qui peuvent faire l'objet d'un grief en vertu de l'art. 91 mais non d'un arbitrage en vertu de l'art. 92, V aurait dû présenter un grief en vertu de la LRTFP. Le différend portait sur les prestations d'emploi dans le contexte des relations de travail. Selon l'intention exprimée par le législateur dans la LRTFP, dans le cas des avantages accordés par un règlement en marge de la convention collective, la décision du sous-ministre devrait être finale. On ne saurait permettre à V de présenter devant les tribunaux sa demande de PRA déguisée en une action pour négligence. [29] [33-35] [39] [42]

While the absence of independent third-party adjudication may, in certain circumstances, impact on a court's exercise of its residual discretion (as in the whistle-blower cases) the courts should generally, as a matter of discretion, decline to get involved, except on the limited basis of judicial review. The Federal Court properly deferred to the PSSRA procedure in this case. V's claim to ERI benefits clearly fell within the scope of the PSSRA and their denial could have been remedied (if warranted) under s. 91 of the PSSRA. The absence of recourse to independent adjudication is not in itself a sufficient reason for the courts to get involved. It is a consideration, but there is nothing on the facts of this case to take it outside the general rule of deference to the procedure mandated by Parliament. [2] [17] [36] [38]

Per McLachlin C.J. and Bastarache J. (dissenting): Although V's claim could have been dealt with under s. 91 of the PSSRA, that section did not preclude him from commencing an action in the Federal Court. Section 91 creates a comprehensive and efficient dispute resolution regime, but the unavailability of an independent decision-maker, combined with the absence of mandatory language in the wording of the PSSRA and the employer-appointed decision-maker's lack of expertise, points away from a finding of exclusive jurisdiction. Courts should refrain from preventing access to independent adjudication in the absence of a clear manifestation of Parliament's intent in this regard. The availability of judicial review for decisions taken at the final level of the grievance process under the PSSRA cannot compensate for the dearth of independent adjudication of claims on their merits. While avoiding duplication is an important policy consideration, resort to the courts in the case at bar is not truly duplicative because no independent adjudication is possible at the grievance level. Courts retain residual jurisdiction in cases where an aggrieved employee has no recourse to independent adjudication. [44] [70-73]

Cases Cited

By Binnie J.

Referred to: *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Pleau (Litigation Guardian of) v. Canada (Attorney General)* (1999), 182 D.L.R. (4th) 373; *Guenette v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 601; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Yearwood v. Canada (Attorney General)*

Même si l'absence d'un arbitre indépendant peut, dans certaines circonstances, se répercuter sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du tribunal (comme dans les cas de dénonciateurs), les tribunaux devraient généralement exercer leur pouvoir discrétionnaire pour refuser d'intervenir, sauf dans le cadre limité du contrôle judiciaire. La Cour fédérale a eu raison de s'en remettre à la procédure prévue par la LRTFP en l'espèce. Il est clair que la demande de PRA présentée par V relevait de la LRTFP, et V aurait pu obtenir une réparation (si elle était justifiée) en vertu de l'art. 91 de la LRTFP. L'absence de recours devant un décideur indépendant est insuffisante en soi pour justifier l'intervention des tribunaux. Il s'agit d'un facteur à prendre en compte, mais les faits de l'espèce n'exigent pas que l'on écarte la règle générale de la retenue à l'égard de la procédure imposée par le législateur. [2] [17] [36] [38]

La juge en chef McLachlin et le juge Bastarache (dissidents) : Même si la demande de V pouvait faire l'objet de la procédure prévue au par. 91 de la LRTFP, cet article ne l'empêchait pas d'intenter une action devant la Cour fédérale. L'article 91 crée un régime complet et efficace de règlement des différends, mais l'absence de recours à un décideur indépendant, jumelée à l'absence d'un libellé impératif dans la LRTFP et d'une expertise du décideur désigné par l'employeur, ne permet pas de conclure à l'exclusivité de la compétence. Les tribunaux doivent s'abstenir de faire obstacle à l'arbitrage indépendant sauf si le législateur s'est clairement exprimé en ce sens. La possibilité d'un contrôle judiciaire de la décision rendue au dernier palier de la procédure de grief établie par la LRTFP ne peut compenser l'absence d'une décision indépendante sur le fond. Si le fait d'éviter le double emploi est une considération de principe importante, le recours aux tribunaux en l'espèce ne fait pas véritablement double emploi puisque aucune décision indépendante n'est possible dans le cadre de la procédure de grief. Les tribunaux conservent la compétence résiduelle lorsqu'un employé s'estimant lésé n'a aucun recours devant un décideur indépendant. [44] [70-73]

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Pleau (Litigation Guardian of) c. Canada (Attorney General)* (1999), 182 D.L.R. (4th) 373; *Guenette c. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 601; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S.

(2002), 216 D.L.R. (4th) 462, 2002 BCCA 427; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52; *Danilov v. Atomic Energy Control Board* (1999), 125 O.A.C. 130; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Johnson-Paquette v. Canada* (2000), 253 N.R. 305; *Gaignard v. Canada (Attorney General)* (2003), 232 D.L.R. (4th) 43; *Phillips v. Harrison* (2000), 196 D.L.R. (4th) 69, 2000 MBCA 150.

By Bastarache J. (dissenting)

St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219, [1986] 1 S.C.R. 704; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Guenette v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 601; *Danilov v. Atomic Energy Control Board* (1999), 125 O.A.C. 130; *Pleau (Litigation Guardian of) v. Canada (Attorney General)* (1999), 182 D.L.R. (4th) 373; *Phillips v. Harrison* (2000), 196 D.L.R. (4th) 69, 2000 MBCA 150; *Yearwood v. Canada (Attorney General)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 462, 2002 BCCA 427; *Bell v. Canada (Attorney General)* (2002), 210 D.L.R. (4th) 463, 2002 NFCA 5; *Olsen v. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 483, 2003 BCCA 209; *Bouchard v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 187 D.L.R. (4th) 314; *Johnson-Paquette v. Canada* (2000), 253 N.R. 305; *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Treasury Board)* (2002), 293 N.R. 325, 2002 FCA 239; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52; *Derrickson v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (1993), 63 F.T.R. 292; *Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464; *TWU v. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 S.C.R. 564; *Jadwani v. Canada (Attorney General)* (2001), 52 O.R. (3d) 660; *Brotherhood of Maintenance of Way Employees Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 495.

Statutes and Regulations Cited

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1.
Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2, s. 45(1).
Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1985, c. P-35, ss. 91, 92, 96(3), 100(4).

1298; *Yearwood v. Canada (Attorney General)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 462, 2002 BCCA 427; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *Danilov c. Atomic Energy Control Board* (1999), 125 O.A.C. 130; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Johnson-Paquette c. Canada*, [2000] A.C.F. nº 441 (QL); *Gaignard c. Canada (Attorney General)* (2003), 232 D.L.R. (4th) 43; *Phillips c. Harrison* (2000), 196 D.L.R. (4th) 69, 2000 MBCA 150.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier, [1986] 1 R.C.S. 704; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Guenette c. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 601; *Danilov c. Atomic Energy Control Board* (1999), 125 O.A.C. 130; *Pleau (Litigation Guardian of) c. Canada (Attorney General)* (1999), 182 D.L.R. (4th) 373; *Phillips c. Harrison* (2000), 196 D.L.R. (4th) 69, 2000 MBCA 150; *Yearwood c. Canada (Attorney General)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 462, 2002 BCCA 427; *Bell c. Canada (Attorney General)* (2002), 210 D.L.R. (4th) 463, 2002 NFCA 5; *Olsen c. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 483, 2003 BCCA 209; *Bouchard c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1999] A.C.F. nº 1807 (QL); *Johnson-Paquette c. Canada*, [2000] A.C.F. nº 441 (QL); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du Trésor)*, [2002] A.C.F. nº 850 (QL), 2002 CAF 239; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *Derrickson c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1993), 63 F.T.R. 292; *Macinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464; *STT c. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 R.C.S. 564; *Jadwani c. Canada (Attorney General)* (2001), 52 O.R. (3d) 660; *Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée*, [1996] 2 R.C.S. 495.

Lois et règlements cités

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1.
Loi sur les régimes de retraite particuliers, L.C. 1992, ch. 46, ann. 1.

Retirement Compensation Arrangements Regulations, No. 2, SOR/95-169.
Special Retirement Arrangements Act, S.C. 1992, c. 46, Sch. 1.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Sexton and Evans JJ.A.), [2003] 3 F.C. 645, 224 D.L.R. (4th) 640, 306 N.R. 366, [2003] F.C.J. No. 241 (QL), 2003 FCA 76, affirming a decision of Heneghan J. (2001), 213 F.T.R. 144, [2001] F.C.J. No. 1734 (QL), 2001 FCT 1233, affirming a decision of the prothonotary (2000), 182 F.T.R. 199, [2000] F.C.J. No. 144 (QL). Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Bastarache J. dissenting.

Dougald E. Brown and *Christopher Rootham*, for the appellant.

Brian J. Saunders and *Kirk Lambrecht, Q.C.*, for the respondent.

Hugh J. D. McPhail, Q.C., for the intervener the Attorney General of Alberta.

Andrew Raven, for the intervener the Public Service Alliance of Canada.

The judgment of Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

1 BINNIE J. — The terms and conditions of employment of the federal government's quarter of a million current workers are set out in statutes, collective agreements, Treasury Board directives, regulations, ministerial orders, and other documents that consume bookshelves of loose-leaf binders. Human resources personnel are recruited into the system, spend a career attempting to understand it and die out of it. Procedures for the enforcement of employment rights and obligations also differ in some respects from those in the private sector. Almost any workplace issue can be grieved but only some disputes can be carried onwards to third-party arbitration. Employee benefits that are not achieved through collective bargaining but are unilaterally conferred by regulation, such

Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 45(1).
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-35, art. 91, 92, 96(3), 100(4).
Règlement n° 2 sur le régime compensatoire, DORS/95-169.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Sexton et Evans), [2003] 3 C.F. 645, 224 D.L.R. (4th) 640, 306 N.R. 366, [2003] A.C.F. n° 241 (QL), 2003 CAF 76, qui a confirmé un jugement de la juge Heneghan (2001), 213 F.T.R. 144, [2001] A.C.F. n° 1734 (QL), 2001 FCPI 1233, qui a confirmé un jugement de la protonotaire (2000), 182 F.T.R. 199, [2000] A.C.F. n° 144 (QL). Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et le juge Bastarache sont dissidents.

Dougald E. Brown et *Christopher Rootham*, pour l'appelant.

Brian J. Saunders et *Kirk Lambrecht, c.r.*, pour l'intimée.

Hugh J. D. McPhail, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Andrew Raven, pour l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada.

Version française du jugement des juges Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron rendu par

LE JUGE BINNIE — Les conditions d'emploi de plus d'un quart de million de fonctionnaires du gouvernement fédéral sont énoncées dans des lois, des conventions collectives, des directives du Conseil du Trésor, des règlements, des directives du ministre et d'autres documents qui remplissent des rayons entiers de classeurs à feuilles mobiles. Les employés des ressources humaines sont recrutés dans le système, passent leur vie à essayer de le comprendre puis disparaissent. Les procédures assurant le respect des droits et des obligations des fonctionnaires diffèrent à certains égards de celles du secteur privé. Presque toute question liée au secteur du travail peut faire l'objet d'un grief, mais seulement certains différends peuvent être soumis à l'arbitrage. Les avantages qui ne sont

as the early retirement incentive ("ERI") at issue in this case, are administered by the departments, including a three-stage internal grievance procedure, but are not arbitrable. The Federal Court has taken the position that subject to the availability of judicial review, disputes falling under the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. P-35 ("PSSRA"), should be left to the specialized machinery thereby established by Parliament for their resolution.

I agree with the appellant that the statutory language and context of the PSSRA do not amount to the sort of explicit ouster of the jurisdiction of the courts as was the case in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929. Nevertheless, while the courts retain a residual jurisdiction to deal with workplace-related issues falling under s. 91 of the PSSRA, but not arbitrable under s. 92, the courts should generally in my view, as a matter of discretion, decline to get involved except on the limited basis of judicial review. The facts of this case, insofar as we can ascertain them, afford a good illustration of why judicial restraint in this area is desirable. I would dismiss the appeal.

I. Facts

This is a pleadings motion. The respondent moved to strike the claim immediately after filing its statement of defence. There is thus no evidence in the record before us. The allegations in the pleadings suggest that the appellant had been a mechanical engineer with Public Works for about 15 years when he took leave without pay in 1990 to work in the private sector. He was still on such leave when he was declared surplus to department requirements on October 12, 1994. However, according to the Work Force Adjustment Directive ("WFAD"), which formed part of the relevant collective agreement, he

pas acquis aux employés par la négociation collective mais leur sont accordés unilatéralement par règlement, comme les prestations de retraite anticipée (« PRA ») dont il est question en l'espèce, sont administrés par les ministères, qui ont notamment une procédure de règlement des griefs à trois paliers; mais les différends concernant ces avantages ne peuvent être soumis à l'arbitrage. Selon la position adoptée par la Cour fédérale, sous réserve d'une possibilité de contrôle judiciaire, il faudrait laisser aux décideurs que le législateur a indiqués dans la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-35 (« LRTFP »), le soin de régler les différends découlant de cette loi.

2 Je suis d'accord avec l'appelant pour dire que le texte et le contexte de la LRTFP ne vont pas jusqu'à écarter explicitement la compétence des tribunaux, comme c'était le cas dans l'affaire *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929. Bien que les tribunaux conservent une compétence résiduelle pour trancher les questions liées au secteur du travail qui découlent de l'art. 91 de la LRTFP et qui ne peuvent faire l'objet de l'arbitrage prévu à l'art. 92, je suis néanmoins d'avis qu'ils devraient généralement exercer leur pouvoir discrétionnaire pour refuser d'intervenir, sauf dans le cadre limité du contrôle judiciaire. Les faits de la présente affaire, dans la mesure où l'on peut les établir, illustrent bien pourquoi il est souhaitable de faire preuve de retenue judiciaire dans ce domaine. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

3 Il s'agit d'une requête préliminaire portant sur les actes de procédure. L'intimée a demandé par requête la radiation de la déclaration tout de suite après avoir déposé sa défense. Il n'y a donc aucun élément de preuve dans le dossier qui nous est présenté. Les allégations contenues dans les actes de procédure donnent à entendre que l'appelant était ingénieur en mécanique au ministère des Travaux publics depuis environ 15 ans, lorsqu'il a pris un congé non payé en 1990 pour travailler dans le secteur privé. C'est pendant ce congé qu'il a été déclaré excédentaire par son ministère le 12 octobre 1994.

could not be laid off (even though he was on unpaid leave) until after a reasonable offer of another job in the Public Service had been offered to him and refused.

4 In purported compliance with the WFAD, the respondent employer made the appellant a job offer dated February 17, 1995 subject to "the approval of a volunteer's resignation". The offer, being conditional upon an incumbent's willingness to vacate the position, did not satisfy the WFAD.

5 A couple of weeks later, the appellant indicated to the respondent his interest in obtaining early retirement benefits instead of returning to the department. He expressed a wish to take advantage of the ERI program for workers who had been declared surplus. He confirmed this preference by letter dated May 24, 1995. The dispute has thus gone on for close to ten years, almost five of them navigating the court hierarchy on this preliminary motion.

6 For reasons not disclosed in the record, the federal government divides employee benefits between those it negotiates as part of a collective agreement, like salary, and those it unilaterally provides by regulation, such as the ERI benefits. (Other sources of conditions or benefits are not relevant to this case.) The PSSRA scheme provides that the former, being part of a traditional collective bargaining framework, are arbitrable. The latter, being offered outside the framework of collective bargaining, are not.

7 The ERI program, which as stated was *not* part of the collective agreement, came into force on April 1, 1995. The respondent (wrongly) took the position that the appellant's refusal of the earlier (conditional) job offer had discharged its obligations under the WFAD and that he was not surplus and therefore ineligible for the ERI benefit.

Cependant, selon la Directive sur le réaménagement des effectifs (« DRE ») qui faisait partie intégrante de la convention collective applicable, il ne pouvait être mis à pied (même s'il était en congé non payé) sans qu'on lui ait d'abord fait une offre raisonnable d'un autre emploi dans la fonction publique et qu'il l'ait refusée.

Le 17 février 1995, croyant satisfaire aux exigences de la DRE, l'employeuse intimée a fait une offre d'emploi à l'appelant, sous réserve de [TRADUCTION] « l'approbation de la démission d'un volontaire ». Cette offre, conditionnelle à la démission d'un titulaire de poste, ne respectait pas la DRE.

Quelques semaines plus tard, l'appelant a fait savoir à l'intimée qu'il souhaitait toucher des prestations de retraite anticipée plutôt que de retourner au ministère. Il a dit vouloir se prévaloir du programme d'encouragement à la retraite anticipée (« PERA ») offert aux travailleurs déclarés excédentaires. Il a confirmé sa préférence dans sa lettre du 24 mai 1995. Le différend dure donc depuis près de dix ans, et depuis presque cinq ans cette requête préliminaire suit son cours d'un tribunal à l'autre.

Pour des raisons qui n'apparaissent pas au dossier, le gouvernement fédéral divise les avantages de ses employés entre ceux qu'il négocie dans le cadre d'une convention collective, comme le salaire, et ceux qu'il accorde unilatéralement par règlement, comme les PRA. (Les autres sources de conditions de travail ou d'avantages ne sont pas pertinentes en l'espèce.) Le régime de la LRTFP prévoit que les premiers avantages, issus du cadre traditionnel de la négociation collective, peuvent être soumis à un arbitrage. Mais les autres avantages, qui sont offerts hors du cadre de la négociation collective, ne peuvent être soumis à l'arbitrage.

Le PERA qui, comme je l'ai dit, ne faisait *pas* partie de la convention collective, est entré en vigueur le 1er avril 1995. L'intimée a cru (à tort) que le refus de la première offre d'emploi (conditionnelle) faite à l'appelant la dégageait de ses obligations en vertu de la DRE et que, l'appelant n'étant pas excédentaire, il n'était donc pas admissible aux PRA.

A. *The Successive Grievances*

The appellant filed an initial grievance alleging "that the WFAD provisions had been contravened", i.e. that he had not received a reasonable job offer. This initial grievance included a claim to a "separation benefit" under art. 7.3.1 of the WFAD. It did not include a claim for wrongful denial of the ERI benefit.

The appellant's grievance was allowed on December 12, 1996 at the second (internal) departmental review level, which concluded:

However, the corrective action you requested, that is for your lay-off to be rescinded, is not possible under the Public Service Employment Act. Therefore, in order for you to be reinstated into the Public Service, the Deputy Minister has given instructions to regional management to identify and offer you a position.

The respondent then made the appellant an *unconditional* job offer on December 24, 1996, which, according to his own pleading, he accepted on January 10, 1997. On February 17, 1997, he failed to report for duty as required, and was laid off in accordance with the WFAD. Further grievance proceedings followed. As the WFAD formed part of the collective agreement, the lay off was arbitrable. An independent arbitrator subsequently confirmed that the second lay-off was proper. The appellant was granted severance benefits under the WFAD. However, the arbitrator correctly noted that he had no authority to deal with the appellant's claim to ERI benefits.

B. *The Action*

On January 29, 1999, the appellant started an action in negligence against the respondent alleging that it "knew, or ought to have known, that a reasonable job offer had not been provided to the [appellant] and that the [appellant] was eligible for ERI" (statement of claim, at paras. 31-32). It is the negligence action that the respondent employer is attempting to have struck out. The appellant presumably felt obliged to frame his action, with a degree of

A. *Les griefs successifs*

L'appelant a déposé un premier grief alléguant [TRADUCTION] « qu'on avait contrevenu aux dispositions de la DRE », c'est-à-dire qu'il n'avait pas reçu une offre d'emploi raisonnable. Il réclamait aussi dans ce premier grief une « indemnité de départ » en vertu de l'art. 7.3.1 de la DRE. Il n'a rien réclamé pour le refus injustifié des PRA. 8

Le grief de l'appelant a été accueilli le 12 décembre 1996 au deuxième palier d'examen ministériel (interne). La décision comportait notamment ce qui suit : 9

[TRADUCTION] Cependant, la réparation que vous demandez, soit l'annulation de votre mise à pied, ne peut vous être accordée en vertu de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique. Par conséquent, afin que vous puissiez réintégrer la fonction publique, le sous-ministre a demandé au gestionnaire de la région de trouver un poste et de vous l'offrir.

Le 24 décembre 1996, l'intimée a alors présenté à l'appelant une offre d'emploi *inconditionnelle* que ce dernier, selon ses propres actes de procédure, a acceptée le 10 janvier 1997. Le 17 février 1997, il ne s'est pas présenté au travail comme il se devait et il a été mis à pied conformément à la DRE. Un autre grief a été déposé. Étant donné que la DRE faisait partie intégrante de la convention collective, la mise à pied pouvait faire l'objet d'un arbitrage. Un arbitre indépendant a par la suite confirmé la validité de la seconde mise à pied. L'appelant a obtenu une indemnité de départ en vertu de la DRE. L'arbitre a toutefois précisé avec justesse qu'il n'avait pas le pouvoir de se prononcer sur la demande de PRA de l'appelant. 10

B. *L'action*

Le 29 janvier 1999, l'appelant a intenté contre l'intimée une action pour négligence. Il alléguait que l'intimée [TRADUCTION] « savait ou aurait dû savoir qu'une offre d'emploi raisonnable n'avait pas été présentée [à l'appelant] et que [l'appelant] était admissible aux PRA » (déclaration, par. 31-32). C'est cette action pour négligence que l'employeuse intimée cherche à faire radier. L'appelant s'est sans doute senti obligé, afin de contourner la 11

artificiality, in the tort of negligence to circumnavigate the PSSRA. However, as our present Chief Justice wrote in *Weber*, at para. 49: "One must look not to the legal characterization of the wrong, but to the facts giving rise to the dispute." Here the facts quite clearly arise out of the employer-employee relationship.

II. Relevant Statutory Provisions

12 The relevant provisions of the PSSRA are set out in the reasons of my colleague Justice Bastarache.

III. Analysis

13 Labour relations has long been recognized as a field of specialized expertise. The courts have tended in recent years to adopt a hands-off (or "deferential") position towards expert tribunals operating in the field, including arbitrators. The posture of deference was crystallized in *Weber* where this Court established a "bright line" demarcation in the case of disputes governed by the sort of labour relations legislation that typically exists across Canada and which provides for compulsory arbitration. In such cases, if the dispute between the parties in its "essential character" arises from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement, it is to be determined by an arbitrator appointed in accordance with the collective agreement, and not by the courts.

14 The *Weber* approach was extended beyond collective agreements to a statutory (not collective bargaining) regime in *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14. That case involved a statutory regime for police discipline. Bastarache J., for the Court, held at para. 26:

> . . . the rationale for adopting the exclusive jurisdiction model was to ensure that the legislative scheme in issue was not frustrated by the conferral of jurisdiction upon an adjudicative body that was not intended by the legislature.

LRTFP, de présenter son action de façon un peu artificielle comme une action en responsabilité délictuelle fondée sur la négligence. Cependant, comme notre Juge en chef actuelle l'a écrit dans *Weber*, par. 49 : « [i]l faut s'attacher non pas à la qualité juridique du tort, mais aux faits qui donnent naissance au litige. » En l'espèce, les faits découlent très clairement de la relation employeur-employé.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Mon collègue le juge Bastarache énonce les dispositions pertinentes de la LRTFP.

III. Analyse

Les relations de travail sont depuis longtemps reconnues comme champ d'expertise. Au cours des dernières années, les tribunaux ont cherché à adopter une attitude non interventionniste (ou de « déférence ») à l'égard des tribunaux administratifs spécialisés dans ce domaine, y compris les arbitres. Cette déférence s'est cristallisée dans l'arrêt *Weber*, où cette Cour a établi une ligne de démarcation « nette » dans le cas des différends régis par le genre de législation sur les relations de travail que l'on trouve communément au Canada et qui prévoit l'arbitrage obligatoire. Dans de tels cas, si le différend qui oppose les parties découle, dans son « essence », de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de la violation d'une convention collective, ce différend doit être tranché non pas par les tribunaux, mais par un arbitre nommé conformément à la convention collective.

La démarche suivie dans *Weber* a été étendue au-delà du cadre des conventions collectives à un régime établi par la loi (et non par la négociation collective) dans l'arrêt *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14. Dans cette affaire, le régime en question portait sur la discipline des policiers. Le juge Bastarache a affirmé ce qui suit au nom de la Cour, au par. 26 :

> . . . le modèle de la compétence exclusive a été adopté afin de garantir que l'attribution de compétence à une instance décisionnelle que n'avait pas envisagée le législateur ne porte pas atteinte au régime législatif en cause.

The present appeal carries the debate a step further, and raises the question whether the doctrine of judicial restraint (or deference) preached in the *Weber* line of authorities applies to the statutory labour relations scheme set out in the PSSRA which does not in its relevant aspects provide for independent adjudication. As stated, the dispute here is over a benefit unilaterally conferred by the employer, in respect of which Parliament has vested the final decision in the Deputy Minister or his or her designate without recourse to independent adjudication. If such restraint is not mandatory (as it was in *Weber*), is restraint nevertheless necessary to avoid undermining Parliament's intent as expressed in the labour relations statute?

15 Le débat franchit un pas de plus dans le présent pourvoi qui soulève la question de savoir si le principe de la retenue judiciaire (ou de la déférence) prôné dans le courant jurisprudentiel de l'arrêt *Weber* s'applique au régime de relations de travail établi par la LRTFP. Les aspects de cette loi qui nous intéressent ne prévoient pas un décideur indépendant. Comme je l'ai indiqué, le différend en l'espèce porte sur un avantage accordé unilatéralement par l'employeur; le législateur a conféré au sous-ministre ou à la personne qu'il désigne le pouvoir de rendre la décision finale au sujet de ces avantages, sans possibilité de recours à un décideur indépendant. Si cette retenue n'est pas obligatoire (comme c'était le cas dans *Weber*), est-elle néanmoins nécessaire pour éviter de contrecarrer l'intention du législateur exprimée dans la loi sur les relations de travail?

The respondent claims, and my colleague Bastarache J. agrees at para. 60, that the legislative scheme under the PSSRA was intended by Parliament to be "comprehensive". Why then should it not be respected? My colleague writes at para. 72:

16 Selon la prétention de l'intimée, que mon collègue le juge Bastarache accepte au par. 60, le législateur avait l'intention de créer dans la LRTFP un régime législatif « complet ». Pourquoi alors ce régime législatif ne devrait-il pas être respecté? Mon collègue écrit ce qui suit au par. 72 :

> While I agree that the regime in this case is comprehensive, this is not enough. Courts retain residual jurisdiction in cases where an aggrieved employee has no recourse to independent adjudication.

> Je conviens que le régime est complet en l'espèce, mais cela ne suffit pas. Les tribunaux conservent la compétence résiduelle lorsqu'un employé s'estimant lésé n'a aucun recours devant un décideur indépendant.

I agree that the courts retain "residual jurisdiction" in this case. I do not agree that the absence of "recourse to independent adjudication" is of itself a sufficient reason for the courts to get involved.

17 Je conviens que les tribunaux conservent « la compétence résiduelle » en l'espèce. Je ne suis pas d'accord pour dire que l'absence de « recours devant un décideur indépendant » est suffisante en soi pour justifier l'intervention des tribunaux.

A. *The Whistle-Blower Cases*

Subsequent to *Weber*, a number of actions were started in the provincial superior courts by federal government employees who complained of employer retaliation or harassment by their superiors allegedly arising out of blowing the whistle on government waste or abuse. For various reasons, these complaints were *grievable* under s. 91 but not *arbitrable* under s. 92 of the PSSRA.

A. *Les affaires où l'employé est un dénonciateur*

18 Subséquemment à l'arrêt *Weber*, un certain nombre d'actions ont été intentées devant les cours supérieures provinciales par des employés du gouvernement fédéral qui se plaignaient de harcèlement ou de représailles de la part de leurs supérieurs parce qu'ils avaient dénoncé le gaspillage ou l'abus de pouvoir. Pour diverses raisons, ces plaintes pouvaient faire l'objet d'un *grief* en vertu de l'art. 91, mais non d'un *arbitrage* en vertu de l'art. 92 de la LRTFP.

19 In *Pleau (Litigation Guardian of) v. Canada (Attorney General)* (1999), 182 D.L.R. (4th) 373 (N.S.C.A.), the plaintiff alleged that he suffered harassment because he reported "what he believed to be evidence of misconduct in the operation of a government facility" (p. 380). In *Guenette v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 601 (C.A.), two employees in the Department of Foreign Affairs and International Trade complained of "punitive steps" taken by their superiors because they reported "mismanagement and waste of taxpayers' money" (para. 1) in respect of properties held abroad. In both cases, the actions were allowed to proceed.

Dans *Pleau (Litigation Guardian of) c. Canada (Attorney General)* (1999), 182 D.L.R. (4th) 373 (C.A.N.-É.), le demandeur prétendait être victime de harcèlement parce qu'il avait dénoncé [TRADUCTION] « ce qu'il avait cru être une preuve de mauvaise conduite dans l'exploitation d'une installation du gouvernement » (p. 380). Dans *Guenette c. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 601 (C.A.), deux employés du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international se plaignaient des [TRADUCTION] « mesures punitives » prises par leurs supérieurs parce qu'ils avaient signalé [TRADUCTION] « la mauvaise gestion et le gaspillage des fonds publics » (par. 1) relativement à des biens situés à l'étranger. Dans les deux cas, les actions ont pu suivre leur cours.

20 The courts were understandably reluctant to hold that in such cases the employees' only recourse was to grieve in a procedure internal to the very department they blew the whistle on, with the final decision resting in the hands of the person ultimately responsible for the running of the department under attack, namely the Deputy Minister (or designate). The judges concluded that at some point their complaints should be dealt with by an adjudicator independent of the department but that the PSSRA did not provide for it. In both cases, it was pointed out that the "exclusivity" language of ss. 91 to 96 of the PSSRA was weaker than the labour relations provision at issue in *Weber*. The legislative door had been left open enough for the judiciary to enter.

On comprend la réticence des tribunaux à conclure que dans ces cas, le seul recours des employés était de présenter un grief dans une procédure interne au ministère même qu'ils avaient dénoncé, là où la décision finale appartenait à la personne qui, en dernier lieu, était responsable du fonctionnement du ministère critiqué, soit le sous-ministre (ou la personne qu'il désigne). Les juges ont conclu que, à un moment donné, la décision relative à leurs plaintes devrait être prise par un décideur indépendant du ministère, mais la LRTFP ne prévoyait pas cette possibilité. Dans les deux cas, la cour a fait remarquer que les dispositions des art. 91 à 96 attributives d'une compétence « exclusive » étaient plus souples que la disposition sur les relations de travail en cause dans *Weber*. Le législateur avait laissé la porte ouverte juste assez pour que les tribunaux puissent intervenir.

21 In *Pleau*, Cromwell J.A. concluded that Parliament's intent in ss. 91 and 92 of the PSSRA, unlike the Ontario Legislature's intent in the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2 (now 1995, c. 1, Sch. A), at issue in *Weber*, was not to oust the jurisdiction of the courts, at least not in those cases where no independent arbitration was provided for. He relied on the statement in *Weber*, at para. 54, that courts "possess residual

Dans l'arrêt *Pleau*, le juge d'appel Cromwell a conclu que, contrairement à l'intention du législateur de l'Ontario exprimée dans la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2 (maintenant 1995, ch. 1, ann. A), en cause dans *Weber*, l'intention du législateur fédéral aux art. 91 et 92 de la LRTFP n'était pas d'écarter complètement la compétence des tribunaux, du moins dans les cas où aucun arbitrage indépendant n'était prévu. Le juge Cromwell

jurisdiction based on their special powers" (p. 403). He also stated, at p. 381:

While it takes very clear language to oust the jurisdiction of the superior courts as a matter of law, courts properly decline to exercise their inherent jurisdiction where there are strong policy reasons for doing so.

Cromwell J.A. acknowledged at pp. 387-88 that "an express grant of exclusive jurisdiction is not necessary to sustain judicial deference to the statutory dispute resolution process", citing *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298.

In the course of his reasons, however, Cromwell J.A. deduced from *Weber* the principle that "the capacity of the scheme to afford *effective redress* must be considered. Simply put, the concern is that where there is a right, there ought to be a remedy" (p. 391 (emphasis in original)). I agree (as did Evans J.A. in the courts below) that this feature is a factor for consideration, but I do not agree with the appellant that the absence of independent adjudication is conclusive. The task of the court is still to determine whether, looking at the legislative scheme as a whole, Parliament intended workplace disputes to be decided by the courts or under the grievance procedure established by the PSSRA.

The appellant relies in particular on the conclusion of Cromwell J.A. in *Pleau* that

[i]n my opinion, access to the grievance procedure without the right to test the outcome by adjudication on the merits by a third party does not constitute effective redress for the alleged wrongdoing in this case. [Emphasis added; p. 404.]

I underline the words "in this case" because *Pleau* dealt with the alleged harassment of a whistleblower and raised serious questions of conflicted interests within the employer department, whereas

s'est appuyé sur l'affirmation faite dans *Weber*, par. 54, que les tribunaux « possèdent une compétence résiduelle fondée sur leurs pouvoirs particuliers » (p. 403). Il a ajouté ce qui suit à la p. 381 :

[TRADUCTION] S'il faut des termes très clairs pour écarter la compétence des cours supérieures, ces cours refusent à juste titre d'exercer leur compétence inhérente lorsqu'il existe des raisons de principe impérieuses pour ce faire.

Le juge Cromwell a reconnu aux p. 387-388 qu'une [TRADUCTION] « attribution expresse d'une compétence exclusive n'est pas nécessaire pour justifier la retenue judiciaire à l'égard du mode de règlement des différends prévu par la loi », citant à ce propos *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298.

22 Dans ses motifs toutefois, le juge Cromwell a déduit de l'arrêt *Weber* le principe suivant lequel [TRADUCTION] « il faut envisager la capacité du régime d'offrir un *redressement efficace*. En termes simples, il faut savoir que s'il y a un droit, il doit y avoir une réparation » (p. 391 (en italique dans l'original)). Je conviens (tout comme le juge Evans de la Cour d'appel) qu'il s'agit d'un facteur dont il faut tenir compte, mais je ne suis pas d'accord avec l'appelant pour dire que l'absence d'un décideur indépendant est décisive. Il appartient encore au tribunal de déterminer, en examinant l'ensemble du régime législatif, si le législateur voulait que les différends en milieu de travail soient tranchés par les tribunaux ou au moyen de la procédure de grief établie par la LRTFP.

23 L'appelant invoque en particulier la conclusion suivante du juge Cromwell dans *Pleau* :

[TRADUCTION] À mon avis, un accès à la procédure de grief qui exclut le droit à un examen au fond de la décision par un tiers ne constitue pas un redressement efficace à l'égard de la conduite préjudiciable alléguée en l'espèce. [Je souligne; p. 404.]

Je souligne les mots « en l'espèce » parce que l'affaire *Pleau* portait sur le harcèlement allégué à l'endroit d'un dénonciateur et soulevait de graves questions de conflits d'intérêts au sein du

the appellant's claim here is an ordinary garden variety employment benefit case.

24 In *Guenette*, another whistle-blower case, the Ontario Court of Appeal, citing *Pleau*, refused to defer to the PSSRA s. 91 procedure on the basis that "[d]eference to another adjudicative body is one thing; deference to a scenario where there would be no adjudication at all is an entirely different matter":

> The respondents concede that the appellants' claims are not subject to adjudication under the PSSRA. In my view, the argument for deference simply dissolves with this concession. Deference to another adjudicative body is one thing; deference to a scenario where there would be no adjudication at all is an entirely different matter. [Emphasis added; para. 69.]

See also *Yearwood v. Canada (Attorney General)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 462, 2002 BCCA 427, at paras. 77-78.

25 I do not agree that "the argument for deference simply dissolves". What seems to have begun as a narrow ruling in *Pleau* has ripened in the hands of the appellant into a general proposition that in the cases of disputes that are grievable but not arbitrable a government employee has the option of going to court. I do not agree. The argument rests in part on the fallacy that under the usual labour relations regime an employee is entitled to carry a grievance to arbitration. This is not so. The party to the collective agreement is the union, and the union may or may not decide to carry an employee's grievance forward based on many considerations which will include, but are certainly not limited to, its merits.

26 Moreover, in the usual labour relations context, many issues are reserved to the discretion of management. Not every dispute is necessarily grievable, much less arbitrable. There is nothing objectionable, in my view, in putting benefits earned through

ministère employeur, alors qu'en l'espèce, la demande de l'appelant est une affaire bien ordinaire de prestations d'emploi.

Dans *Guenette*, une autre affaire de dénonciateur, la Cour d'appel de l'Ontario, citant la décision rendue dans *Pleau*, a refusé de s'en remettre à la procédure prévue à l'art. 91 de la LRTFP parce que [TRADUCTION] « [s]'en remettre à une autre instance décisionnelle est une chose; c'est une question tout à fait différente de s'en remettre à un scénario dans lequel il n'y aurait aucune décision » :

> [TRADUCTION] Les intimés admettent que les demandes des appelants ne peuvent être tranchées par l'arbitrage en vertu de la LRTFP. À mon avis, l'argumentation à l'appui de la retenue disparaît tout simplement avec cette admission. S'en remettre à une autre instance décisionnelle est une chose; c'est une question tout à fait différente de s'en remettre à un scénario dans lequel il n'y aurait aucune décision. [Je souligne; par. 69.]

Voir également *Yearwood c. Canada (Attorney General)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 462, 2002 BCCA 427, par. 77-78.

Je ne suis pas d'accord pour dire que « l'argumentation à l'appui de la retenue disparaît tout simplement ». Ce qui semble avoir commencé comme une règle stricte dans *Pleau* s'est développé entre les mains de l'appelant en une proposition générale voulant que, dans les cas de litiges qui peuvent faire l'objet d'un grief mais non d'un arbitrage, un fonctionnaire aurait la possibilité de s'adresser aux tribunaux. Je ne suis pas de cet avis. L'argument repose en partie sur la notion erronée que, dans le régime habituel des relations de travail, l'employé a le droit de soumettre un grief à l'arbitrage. Tel n'est pas le cas. C'est le syndicat qui est partie à la convention collective, et il lui appartient de soumettre s'il y a lieu le grief d'un employé à l'étape suivante, compte tenu d'un certain nombre de facteurs comprenant notamment, mais certes pas exclusivement, le bien-fondé du grief.

En outre, dans le contexte habituel des relations de travail, de nombreuses questions sont laissées à la discrétion de la gestion. Les différends ne font pas nécessairement tous l'objet d'un grief, et encore moins d'un arbitrage. Il n'y a rien de mal,

collective bargaining (such as a salary) on a different footing in terms of dispute resolution than benefits unilaterally conferred by regulation. The fact that only the former may go to arbitration (if the union wishes) reflects their different origins. When a benefit is conferred by statute or regulation, the conferring legislature is entitled to specify the machinery for its administration (*Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52), subject to a dissatisfied party having recourse to judicial review.

B. *The Jurisdiction of the Court Is Not Ousted*

In *Guenette*, MacPherson J.A. agreed with Cromwell J.A.'s analysis in *Pleau*, and highlighted the "limited" privative clause in s. 96(3) of the PSSRA:

96. . . .

(3) Where a grievance has been presented up to and including the final level in the grievance process and it is not one that under section 92 may be referred to adjudication, the decision on the grievance taken at the final level in the grievance process is final and binding for all purposes of this Act and no further action under this Act may be taken thereon.

Both courts also fastened on the words in s. 91 that the employee is "entitled" to grieve as showing that the s. 91 procedure is just one of the employee's options. A similar point was taken by the Ontario Court of Appeal in *Danilov v. Atomic Energy Control Board* (1999), 125 O.A.C. 130, at para. 11. For the reasons given by my colleague Bastarache J., I do not agree with this interpretation. The word "entitled" in s. 91 simply recognizes that an employee is not *required* to grieve every decision that he or she disagrees with.

The conclusion reached in *Pleau* and *Guenette*, which I accept, that the wording of the PSSRA is not strong enough to "oust" the court's jurisdiction in all matters grievable under s. 91 but not arbitrable

selon moi, à distinguer pour le règlement des différends les avantages acquis par la négociation collective (par exemple le salaire) des avantages accordés unilatéralement par un règlement. Le fait que seuls les premiers peuvent être soumis à l'arbitrage (si le syndicat le veut bien) reflète leur origine différente. Lorsqu'un avantage est accordé par une loi ou un règlement, le législateur qui l'accorde est en droit de prévoir la façon de l'administrer (*Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52), sous réserve du droit de la personne mécontente de demander le contrôle judiciaire.

B. *La compétence de la Cour n'est pas écartée*

27 Dans l'arrêt *Guenette*, le juge MacPherson a fait sienne l'analyse faite par le juge Cromwell dans *Pleau* et il a fait ressortir la portée « limitée » de la clause privative du par. 96(3) de la LRTFP :

96. . . .

(3) Sauf dans le cas d'un grief qui peut être renvoyé à l'arbitrage au titre de l'article 92, la décision rendue au dernier palier de la procédure applicable en la matière est finale et obligatoire, et aucune autre mesure ne peut être prise sous le régime de la présente loi à l'égard du grief ainsi tranché.

28 Dans les deux cas, les juges se sont aussi appliqués à démontrer que les mots de l'art. 91 selon lesquels le fonctionnaire « a le droit » de déposer un grief indiquent bien que la procédure prévue à l'art. 91 n'est que l'une des possibilités offertes à l'employé. La Cour d'appel de l'Ontario a adopté un point de vue semblable dans l'arrêt *Danilov c. Atomic Energy Control Board* (1999), 125 O.A.C. 130, par. 11. Pour les motifs qu'expose mon collègue le juge Bastarache, je ne puis accepter cette interprétation. Les mots « a le droit » à l'art. 91 indiquent simplement qu'un fonctionnaire n'est pas *obligé* de contester par voie de grief toute décision qui ne lui convient pas.

29 La conclusion à laquelle on est arrivé dans les affaires *Pleau* et *Guenette*, et que j'accepte, suivant laquelle les termes de la LRTFP ne sont pas catégoriques au point « d'écarter » la compétence du

under s. 92, still leaves open the further question of how the court should exercise its residual discretion in light of the labour relations scheme enacted by the PSSRA.

C. *The Statutory Scheme*

30 The PSSRA provides in its relevant parts of s. 91 that a federal government employee may present a grievance where he or she feels "aggrieved"

> by the interpretation or application, in respect of the employee, of (i) a provision of a statute, or of a regulation, by-law, direction or other instrument made or issued by the employer, dealing with terms and conditions of employment, or (ii) a provision of a collective agreement or an arbitral award, or . . . .

The appellant's claim for ERI benefits clearly fell within the scope of this grievance procedure. It is true that the courts will retain jurisdiction if the remedy sought is not one which the statutory scheme can provide (*St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, at p. 724; *Weber*, at para. 57) but that is not a problem here. The statutory decision-maker under s. 91(1) of the PSSRA (though not an arbitrator under s. 92) *could* order the respondent to provide the appellant with the ERI benefits.

31 The grievance may be pursued up to the level of Deputy Minister, but not beyond (subject to judicial review) unless the grievance arises out of an arbitral award or the interpretation or application of a collective agreement (as in *Johnson-Paquette v. Canada* (2000), 253 N.R. 305 (F.C.A.), and *Gaignard v. Canada (Attorney General)* (2003), 232 D.L.R. (4th) 43 (Ont. C.A.)), or results in suspension or financial penalty, termination of employment or demotion in which case it may be referred to adjudication by an independent arbitrator. None of the exceptions applied to the appellant's claim for ERI benefits. The dispute was therefore not eligible for third-party adjudication.

32 Parliament's intent expressed in ss. 91, 92 and 96(3) of the PSSRA is clearly to deny access to

tribunal dans tous les cas de différends qui peuvent faire l'objet d'un grief en vertu de l'art. 91 mais non d'un arbitrage en vertu de l'art. 92, n'indique toujours pas de quelle façon le tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel compte tenu du régime de relations de travail établi par la LRTFP.

C. *Le régime prévu par la loi*

Les dispositions pertinentes de l'art. 91 de la LRTFP prévoient qu'un fonctionnaire fédéral peut présenter un grief s'il s'estime « lésé »

> par l'interprétation ou l'application à son égard (i) soit d'une disposition législative, d'un règlement — administratif ou autre —, d'une instruction ou d'un autre acte pris par l'employeur concernant les conditions d'emploi, (ii) soit d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale . . .

La demande de PRA présentée par l'appelant pouvait clairement faire l'objet de cette procédure de grief. Il est vrai que les tribunaux conserveront leur compétence si le régime prévu par la loi n'offre pas la réparation demandée (*St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704, p. 724; *Weber*, par. 57). Mais ce problème ne se pose pas en l'espèce. Le décideur indiqué au par. 91(1) de la LRTFP (même s'il n'est pas un arbitre visé à l'art. 92) *pourrait* ordonner à l'intimée d'accorder les PRA à l'appelant.

Le grief ne peut être porté au-delà du palier de décision du sous-ministre (sous réserve du contrôle judiciaire), à moins qu'il découle d'une décision arbitrale ou de l'interprétation ou de l'application d'une convention collective (comme dans *Johnson-Paquette c. Canada*, [2000] A.C.F. nº 441 (QL) (C.A.), et dans *Gaignard c. Canada (Attorney General)* (2003), 232 D.L.R. (4th) 43 (C.A. Ont.)), ou qu'il entraîne une suspension ou une sanction pécuniaire, un licenciement ou une rétrogradation, auxquels cas il peut être renvoyé à un arbitre indépendant. Aucune de ces exceptions ne s'appliquait à la demande de PRA présentée par l'appelant. Le différend ne pouvait donc pas être soumis à la décision d'un tiers.

Le législateur a clairement exprimé aux art. 91, 92 et au par. 96(3) de la LRTFP son intention de

third-party arbitration in the case of regulation-conferred benefits such as the ERI. No constitutional challenge is made to the PSSRA. The question, therefore, is whether the Court should offer a forum to resolve such employee benefits issues to run concurrently with the internal departmental grievance procedure under s. 91 of the PSSRA.

refuser l'accès à l'arbitrage dans le cas des avantages accordés par règlement comme les PRA. La validité constitutionnelle de la LRTFP n'est pas contestée. La question est donc de savoir si, parallèlement à la procédure de grief au sein du ministère prévue par l'art. 91 de la LRTFP, la Cour devrait offrir une tribune pour le règlement des différends portant sur les avantages de ce genre.

D. *Why the Court Should Generally Decline to Exercise Its Jurisdiction in PSSRA Matters*

D. *Pourquoi la Cour devrait-elle généralement refuser d'exercer sa compétence dans les affaires concernant la LRTFP?*

As stated, the language of the PSSRA is not strong enough to oust the jurisdiction of the ordinary courts with respect to matters grievable but not arbitrable. The question before us is whether the courts should nevertheless defer to the PSSRA grievance procedure in this case. I believe it should.

Comme je l'ai indiqué, les termes de la LRTFP ne sont pas suffisamment catégoriques pour écarter la compétence des tribunaux ordinaires en ce qui concerne les questions pouvant faire l'objet d'un grief mais non d'un arbitrage. La question qui nous occupe est de savoir si les tribunaux devraient néanmoins, en l'espèce, s'en remettre à la procédure de règlement des griefs prévue à la LRTFP. Je crois qu'ils devraient le faire. 33

Firstly, the language of the PSSRA sends an unambiguous signal that in the run-of-the-mill case of benefits conferred by a regulation *outside* the collective agreement, the decision of the Deputy Minister or his or her designate should be final.

Premièrement, les termes utilisés dans la LRTFP envoient le message très clair que, dans les affaires courantes concernant des avantages accordés par un règlement *en marge* de la convention collective, la décision du sous-ministre ou de la personne qu'il désigne devrait être finale. 34

Secondly, the present dispute arises from the employment relationship and falls within the dispute resolution scheme set out in the PSSRA.

Deuxièmement, le différend en l'espèce découle de la relation employeur-employé et relève du régime prévu par la LRTFP pour le règlement des différends. 35

Thirdly, the appellant's claim to ERI could have been remedied in the s. 91 grievance procedure. As the Manitoba Court of Appeal stated in *Phillips v. Harrison* (2000), 196 D.L.R. (4th) 69, 2000 MBCA 150: "What is important is that the scheme provide a solution to the problem" (para. 80).

Troisièmement, l'appelant aurait pu obtenir par la procédure de grief prévue à l'art. 91 une réparation à l'égard de sa demande de PRA. Comme la Cour d'appel du Manitoba l'a affirmé dans *Phillips c. Harrison* (2000), 196 D.L.R. (4th) 69, 2000 MBCA 150 : [TRADUCTION] « L'important, c'est que le régime prévoie une solution au problème » (par. 80). 36

Fourthly, the appellant's legal position should not be improved by his failure to grieve the ERI issue. The dispute resolution machinery under s. 91 was there to be utilized. Efficient labour relations is undermined when the courts set themselves up

Quatrièmement, le refus de l'appelant de soumettre la question des PRA à la procédure de grief ne devrait pas améliorer sa situation juridique. Le mécanisme de règlement des différends de l'art. 91 devait être utilisé. Les tribunaux nuisent à 37

in competition with the statutory scheme (*St. Anne Nackawic*, at p. 718; *Weber*, at para. 41; *Regina Police*, at para. 26). I do not agree with the appellant's broad suggestion, however obliquely made, that the departmental procedure reeks of conflict of interest. The appellant's own success with his 1995 grievance shows this not to be true in practice. The suggestion that departmental officials have an interest in denying ERI benefits to an employee who comes within the applicable policies so as to constitute some sort of institutional bias is simply not credible. If the facts in another case were to disclose a more particular and individualized conflict problem (as in the whistle-blower cases) other considerations will come into play.

38 Fifthly, I do not accept for reasons already expressed, the central assumption of the appellant's argument that comprehensive legislative schemes which do not provide for third-party adjudication are not, on that account, worthy of deference. It is a consideration, but in the case of the PSSRA it is outweighed by other more persuasive indications of clues to parliamentary intent.

39 Sixthly, where Parliament has clearly created a comprehensive scheme for dealing with labour disputes, as it has done in this case, courts should not jeopardize the comprehensive dispute resolution process contained in the legislation by permitting routine access to the courts. While the absence of independent third-party adjudication may in certain circumstances impact on the court's exercise of its residual discretion (as in the whistle-blower cases) the general rule of deference in matters arising out of labour relations should prevail.

40 Seventhly, the fact that we are dealing with a labour dispute almost a decade old demonstrates (if demonstration is necessary) that more informal dispute resolution procedures are generally faster, cheaper, and get the job done.

l'efficacité des relations de travail lorsqu'ils se placent en concurrence avec le mécanisme prévu par la loi (*St. Anne Nackawic*, p. 718; *Weber*, par. 41; *Regina Police*, par. 26). Je ne puis accepter que l'appelant suggère de façon générale, quoique indirectement, que la procédure ministérielle sent le conflit d'intérêts. À preuve que ce n'est pas le cas en pratique, l'appelant a eu gain de cause dans son grief présenté en 1995. La proposition voulant que les hauts fonctionnaires du ministère aient intérêt à refuser les PRA à un employé qui satisfait aux critères applicables, et qu'il faille y voir une sorte de préjugé institutionnel, n'est tout simplement pas plausible. Si, dans une autre instance, les faits devaient révéler un problème de conflit plus particulier et individualisé (comme dans les cas de dénonciateurs), d'autres considérations entreront en jeu.

Cinquièmement, j'ai déjà indiqué pourquoi je n'accepte pas l'hypothèse au cœur de l'argument de l'appelant, soit que les régimes législatifs complets qui ne prévoient pas l'arbitrage par un tiers ne méritent pas, pour cette raison, que l'on s'en remette à eux. Il s'agit d'un facteur à prendre en compte, mais dans le cas de la LRTFP, d'autres indices plus convaincants de l'intention du législateur l'emportent sur ce facteur.

Sixièmement, lorsque le législateur a clairement établi un régime complet pour le règlement des différends en matière de relations de travail, comme c'est le cas en l'espèce, les tribunaux ne devraient pas mettre en péril le mécanisme exhaustif de règlement des différends que contient la loi en permettant l'accès systématique aux tribunaux. Même si l'absence d'un arbitre indépendant peut, dans certaines circonstances, se répercuter sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du tribunal (comme dans les cas de dénonciateurs), la règle générale de la retenue dans les instances découlant des relations de travail devrait prévaloir.

Septièmement, le fait que nous soyons saisis d'un différend en matière de relations de travail qui dure depuis presque dix ans démontre (s'il est encore nécessaire de le faire) que les procédures de règlement des différends plus informelles sont généralement plus rapides et moins coûteuses en plus d'être efficaces.

Finally, the dispute in question is entirely straightforward. Under the collective agreement, the appellant was entitled to another job. According to his statement of claim, he was eventually offered a suitable job *and he accepted it.* Following a further dispute, he was terminated but received (according to the independent arbitrator) the separation benefits to which he was entitled under the collective agreement, as set out in art. 7.3.1 of the WFAD. Whether or not he should have been given the alternative of ERI benefits under a program adopted by the federal government to manage the size of its workforce by shedding surplus employees was essentially an administrative matter best left to the administrators. If this simple ERI issue can be litigated in the courts, so can every other regulation-conferred benefit applicable to over a quarter of a million employees of the federal public service. The outcome could give a new dimension to the concept of "floodgates".

IV. Conclusion

The appellant ought to have proceeded with the remedies granted by Parliament under the PSSRA. It was not open to him to ignore the PSSRA scheme and litigate his claim to ERI benefits in the courts by dressing it up as a "negligence" action. I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache J. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) —

I. Introduction

This case requires our Court, once again, to examine the scope of the exclusive jurisdiction model adopted for the resolution of labour disputes. We are asked to look at the rationale underlying the decisions in *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; and *Weber v. Ontario*

41 Enfin, le différend en cause est tout ce qu'il y a de plus simple. En vertu de la convention collective, l'appelant avait droit à un autre emploi. Selon sa déclaration, on lui a en fin de compte offert un emploi convenable *et il l'a accepté.* À la suite d'un autre différend, on a mis fin à son emploi, mais il a reçu (conformément à une décision arbitrale) l'indemnité de départ à laquelle il avait droit en vertu de la convention collective et qui était prévue à l'art. 7.3.1 de la DRE. La question de savoir s'il aurait plutôt fallu lui accorder les PRA, en vertu du programme établi par le gouvernement fédéral pour gérer la taille de son effectif en se délestant des employés excédentaires, était essentiellement une question administrative qu'il vaut mieux laisser aux administrateurs. Si cette simple question des PRA peut faire l'objet d'un litige devant les tribunaux, alors il en est de même de tout autre avantage accordé par règlement à plus d'un quart de million de fonctionnaires de la fonction publique fédérale. Le résultat pourrait donner un sens nouveau à la notion d'« avalanche de poursuites ».

IV. Conclusion

42 L'appelant se devait d'avoir recours aux mécanismes prévus par le législateur dans la LRTFP. Il ne lui était pas loisible d'écarter le régime établi par la LRTFP et de porter devant les tribunaux sa demande de PRA en la déguisant en une action pour « négligence ». Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

I. Introduction

43 Le présent pourvoi exige encore une fois de notre Cour qu'elle se penche sur la portée du modèle de la compétence exclusive adopté pour le règlement des différends en matière de relations de travail. Nous sommes appelés à examiner le raisonnement qui sous-tend les arrêts *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de*

Hydro, [1995] 2 S.C.R. 929, to determine whether the exclusive jurisdiction model should apply to the grievance procedure established under the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. P-35 ("PSSRA"), so as to oust the jurisdiction of the Federal Court. Various provincial appellate courts and the Federal Court of Appeal have come to different conclusions on the issue, this divergence of opinions resulting mainly from different approaches regarding the lack of access in the administrative scheme to adjudication by an independent decision-maker.

44 As explained below, it is my view that although the PSSRA creates a comprehensive scheme for dealing with labour disputes, courts should refrain from preventing access to independent adjudication in the absence of a clear manifestation of Parliament's intent in this regard. The availability of judicial review for decisions taken at the final level of the grievance process under the PSSRA cannot compensate for the dearth of independent adjudication of claims on their merits.

II. Facts

45 The appellant was employed as a mechanical engineer with the Department of Public Works from 1975 until 1996. He was notified in October 1994 that he was surplus and that he would be laid off as of April 12, 1995. Under the Work Force Adjustment Directive ("WFAD") he was entitled to receive at least one reasonable job offer within the public service before being laid off. In February 1995, the appellant was offered another position, with an effective date to be determined. The appellant advised his employer that he understood that an early retirement incentive ("ERI") program would soon be available, and requested that he be provided with benefits under the program as of April 1, 1995, when it would become available. The benefits were not offered under the terms of the collective agreement but were made available under the *Retirement Compensation Arrangements Regulations, No. 2*, SOR/95-169, made pursuant to the *Special Retirement Arrangements Act*,

l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057, [1990] 1 R.C.S. 1298; et *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, pour déterminer si le modèle de la compétence exclusive devrait s'appliquer à la procédure de grief établie par la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-35 (« LRTFP »), et exclure de ce fait la compétence de la Cour fédérale. Un certain nombre de cours d'appel provinciales et la Cour d'appel fédérale sont arrivées à des conclusions opposées à ce sujet en raison, principalement, des différentes interprétations qu'elles ont données à l'absence de recours à un décideur indépendant dans le régime administratif en cause.

Comme je l'explique ci-après, je suis d'avis que même si la LRTFP crée un régime complet pour le règlement des différends en matière de relations de travail, les tribunaux doivent s'abstenir de faire obstacle à l'arbitrage indépendant sauf si le législateur s'est clairement exprimé en ce sens. La possibilité d'un contrôle judiciaire de la décision rendue au dernier palier de la procédure de grief établie par la LRTFP ne saurait compenser l'absence d'une décision indépendante sur le fond.

II. Faits

Ingénieur en mécanique au ministère des Travaux publics de 1975 à 1996, l'appelant a été avisé, en octobre 1994, que son poste avait été déclaré excédentaire et qu'il serait mis à pied le 12 avril 1995. Suivant la Directive sur le réaménagement des effectifs (« DRE »), il avait droit à au moins une offre d'emploi raisonnable dans la fonction publique avant d'être mis à pied. En février 1995, l'appelant s'est vu offrir un autre poste, la date de nomination devant être fixée par la suite. Il a informé son employeur qu'il croyait savoir qu'un programme d'encouragement à la retraite anticipé (« PERA ») serait offert sous peu aux fonctionnaires, et il a demandé de toucher les prestations offertes dans le cadre de ce programme à compter du 1er avril 1995. Le versement de prestations de retraite anticipée (« PRA ») n'était pas prévu par la convention collective, mais par le *Règlement nº 2 sur le régime compensatoire*, DORS/95-169, pris en vertu de la *Loi sur les régimes de retraite particuliers*,

S.C. 1992, c. 46, Sch. 1. Benefits under the program were not available to employees who had received a reasonable job offer before leaving the federal public service. Meanwhile, the appellant's lay-off date was extended to July 12, 1995. The appellant indicated that he did not regard the job offer as reasonable, since it was subject to conditions. His application for ERI was nonetheless rejected on the basis that he had received a reasonable job offer, and since he had not accepted the offer, he was advised that his lay-off would be effective February 23, 1996.

The appellant filed a grievance alleging non-compliance with the WFAD and his grievance was allowed at the second level. The Executive Committee of the National Joint Council found that the job offer was not reasonable and that his lay-off was therefore not in accordance with the WFAD. He was then offered an indeterminate, unconditional appointment equivalent to his previous position. He advised the supervisor that his employment in the private sector made it unlikely that he would be able to start the new position for several months. He was told that failure to report to work on the effective date would be regarded as rejection of the offer of employment. The appellant advised that he intended to take his grievance to the next level of the process, since his claim for ERI benefits had not been addressed. The respondent treated this as a rejection of the offer of employment. The appellant's grievance was referred to an independent adjudicator under s. 92 of the PSSRA. The adjudicator confirmed the conclusion of the National Joint Council, and found that his surplus status should have been extended until February 17, 1997. He also found that the second offer was reasonable and had been rejected by the appellant's failure to report to work. The adjudicator ordered that the appellant be paid the separation benefits to which he was entitled under the collective agreement, but stated that he had no authority to determine the appellant's eligibility for ERI benefits because they arose from statute and not from the collective agreement.

The appellant instituted no further proceedings in respect of the Adjudicator's decision but rather

L.C. 1992, ch. 46, ann. 1. L'employé ayant reçu une offre d'emploi raisonnable avant de quitter la fonction publique fédérale n'avait pas droit aux PRA. Dans l'intervalle, la mise à pied avait été reportée au 12 juillet 1995. L'appelant a fait savoir qu'il jugeait l'offre d'emploi non raisonnable parce qu'elle était assortie de conditions. Sa demande de PRA a tout de même été rejetée au motif qu'on lui avait fait une offre d'emploi raisonnable et, vu le refus de cette offre, il a été informé que sa mise à pied prendrait effet le 23 février 1996.

46 L'appelant a déposé un grief alléguant l'inobservation de la DRE. Au deuxième palier de la procédure, le Comité exécutif du Conseil national mixte (« CNM ») a fait droit au grief après avoir jugé que l'offre d'emploi n'était pas raisonnable et, par conséquent, que sa mise à pied n'était pas conforme à la DRE. L'appelant s'est ensuite vu offrir, pour une période indéterminée, un poste non assorti de conditions équivalent au poste qu'il occupait précédemment. Il a informé le superviseur qu'il était peu probable, vu son emploi dans le secteur privé, qu'il puisse entrer en fonction dans son nouveau poste avant plusieurs mois. On lui a dit que l'omission de se présenter au travail à la date prévue d'entrée en fonction serait considérée comme un refus de l'offre d'emploi. L'appelant a signifié son intention de porter son grief au palier suivant de la procédure, l'intimée n'ayant pas statué sur sa demande de PRA. L'intimée a conclu au refus de l'offre d'emploi. En application de l'art. 92 de la LRTFP, le grief de l'appelant a été renvoyé à un arbitre indépendant qui a confirmé la décision du CNM et jugé que la période de priorité excédentaire aurait dû être prorogée au 17 février 1997. L'arbitre a également conclu que la deuxième offre d'emploi était raisonnable et que l'omission de l'appelant de se présenter au travail avait emporté le refus de l'offre. L'arbitre a ordonné à l'intimée de verser à l'appelant l'indemnité de départ à laquelle il avait droit suivant la convention collective, mais il a estimé ne pas avoir compétence pour statuer sur l'admissibilité de l'appelant aux PRA, leur versement étant prévu par une loi et non par la convention collective.

47 L'appelant n'a pas pris d'autres procédures à l'égard de la décision de l'arbitre. Il a plutôt intenté

commenced an action in negligence against the respondent claiming that his employer had failed to take the steps necessary to enable him to receive the benefit of the ERI program, and claiming damages and a declaration that he was entitled to ERI benefits. A Prothonotary found that the jurisdiction of the courts was ousted in this case by the statutory scheme under the PSSRA and granted a motion by the respondent to strike the appellant's statement of claim as disclosing no reasonable cause of action. On appeal to a judge of the Federal Court, the appeal was dismissed, and a further appeal to the Federal Court of Appeal was also dismissed.

III. Relevant Statutory Provisions

48 *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. P-35

91. (1) Where any employee feels aggrieved

(*a*) by the interpretation or application, in respect of the employee, of

(i) a provision of a statute, or of a regulation, by-law, direction or other instrument made or issued by the employer, dealing with terms and conditions of employment, or

(ii) a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

(*b*) as a result of any occurrence or matter affecting the terms and conditions of employment of the employee, other than a provision described in subparagraph (*a*)(i) or (ii),

in respect of which no administrative procedure for redress is provided in or under an Act of Parliament, the employee is entitled, subject to subsection (2), to present the grievance at each of the levels, up to and including the final level, in the grievance process provided for by this Act.

92. (1) Where an employee has presented a grievance, up to and including the final level in the grievance process, with respect to

(*a*) the interpretation or application in respect of the employee of a provision of a collective agreement or an arbitral award,

(*b*) in the case of an employee in a department or other portion of the public service of Canada specified in Part I of Schedule I or designated pursuant to subsection (4),

contre l'intimée une action pour négligence, alléguant que son employeur n'avait pas pris les mesures nécessaires pour lui permettre de toucher des PRA, et il a réclamé des dommages-intérêts et un jugement déclarant qu'il avait droit aux PRA. Une protonotaire a conclu que le régime établi par la LRTFP écartait en l'espèce la compétence des tribunaux. Elle a accueilli une requête de l'intimée visant à faire radier la déclaration de l'appelant au motif qu'elle ne révélait aucune cause raisonnable d'action. L'appel de cette décision porté devant un juge de la Cour fédérale a été rejeté, de même que celui interjeté ensuite en Cour d'appel fédérale.

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-35

91. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et si aucun autre recours administratif de réparation ne lui est ouvert sous le régime d'une loi fédérale, le fonctionnaire a le droit de présenter un grief à tous les paliers de la procédure prévue à cette fin par la présente loi, lorsqu'il s'estime lésé :

a) par l'interprétation ou l'application à son égard :

(i) soit d'une disposition législative, d'un règlement — administratif ou autre —, d'une instruction ou d'un autre acte pris par l'employeur concernant les conditions d'emploi,

(ii) soit d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale;

b) par suite de tout fait autre que ceux mentionnés aux sous-alinéas *a*)(i) ou (ii) et portant atteinte à ses conditions d'emploi.

92. (1) Après l'avoir porté jusqu'au dernier palier de la procédure applicable sans avoir obtenu satisfaction, un fonctionnaire peut renvoyer à l'arbitrage tout grief portant sur :

a) l'interprétation ou l'application, à son endroit, d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale;

b) dans le cas d'un fonctionnaire d'un ministère ou secteur de l'administration publique fédérale spécifié à la partie I de l'annexe I ou désigné par décret pris au titre du paragraphe (4), soit une mesure disciplinaire

(i) disciplinary action resulting in suspension or a financial penalty, or

(ii) termination of employment or demotion pursuant to paragraph 11(2)(*f*) or (*g*) of the *Financial Administration Act*, or

(*c*) in the case of an employee not described in paragraph (*b*), disciplinary action resulting in termination of employment, suspension or a financial penalty,

and the grievance has not been dealt with to the satisfaction of the employee, the employee may, subject to subsection (2), refer the grievance to adjudication.

96. . . .

(3) Where a grievance has been presented up to and including the final level in the grievance process and it is not one that under section 92 may be referred to adjudication, the decision on the grievance taken at the final level in the grievance process is final and binding for all purposes of this Act and no further action under this Act may be taken thereon.

100. . . .

(4) For the purposes of any provision of this Act respecting grievances, the employer shall designate the person whose decision on a grievance constitutes the final or any level in the grievance process and the employer shall, in any case of doubt, by notice in writing, advise any person wishing to present a grievance, or the Board, of the person whose decision thereon constitutes the final or any level in the process.

entraînant la suspension ou une sanction pécuniaire, soit un licenciement ou une rétrogradation visé aux alinéas 11(2)*f*) ou *g*) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*;

c) dans les autres cas, une mesure disciplinaire entraînant le licenciement, la suspension ou une sanction pécuniaire.

96. . . .

(3) Sauf dans le cas d'un grief qui peut être renvoyé à l'arbitrage au titre de l'article 92, la décision rendue au dernier palier de la procédure applicable en la matière est finale et obligatoire, et aucune autre mesure ne peut être prise sous le régime de la présente loi à l'égard du grief ainsi tranché.

100. . . .

(4) Pour l'application des dispositions de la présente loi concernant les griefs, l'employeur désigne les personnes dont la décision en cette matière constitue un palier de la procédure applicable, y compris le dernier. En cas de doute, il communique par écrit les noms de ces personnes à quiconque voulant déposer un grief, ou à la Commission.

IV. Analysis

Although it would appear at first blush that this is yet another case that engages the *Weber* principles concerning the application of the exclusive jurisdiction model to employment-related disputes, there are fundamental differences between this case and *Weber*.

A. *Permissive Language of Section 91*

The first notable difference is that the PSSRA does not have a mandatory arbitration provision. Whereas in *Weber*, s. 45(1) of the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2 (now S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48(1)), required that "[e]very

IV. Analyse

49 Même si, à première vue, il peut sembler qu'il s'agisse d'une autre affaire mettant en cause les principes dégagés dans l'arrêt *Weber* concernant l'application du modèle de la compétence exclusive aux différends en matière de relations de travail, la présente espèce se distingue fondamentalement de l'affaire *Weber*.

A. *L'exercice facultatif du droit conféré à l'art. 91*

50 La première différence notable tient à l'absence, dans la LRTFP, d'une disposition rendant l'arbitrage obligatoire. Alors que dans *Weber*, le par. 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. L.2 (maintenant L.O. 1995, ch. 1, ann. A,

collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration", ss. 91 and 92 of the PSSRA use permissive language by providing that employees who feel aggrieved are "entitled . . . to present the grievance at each of the levels, up to and including the final level, in the grievance process provided for by this Act" (s. 91). As discussed below, this permissive language simply reflects the fact that no employee is required to file a grievance and it is not determinative of legislative intent with regard to exclusivity of the grievance process.

B. *Exceptions to the Grievance Process*

51 The second difference is that the PSSRA provides in s. 91 for exceptions to the grievance process by stating that disputes for which an "administrative procedure for redress is provided [for] in or under an Act of Parliament" are exempt. It was argued that these exceptions are evidence of the fact that the s. 91 regime was not intended to exclude the jurisdiction of the courts: *Guenette v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 601 (C.A.), at para. 52. But it could just as well be argued that the PSSRA and recognized schemes together constitute a comprehensive regime. In my view, the s. 91 exemptions are not clearly indicative of legislative intent with regard to the exclusivity of recourse to s. 91 where it is applicable.

C. *Nature of the Dispute*

52 A third difference is that there is no disagreement in the case at bar regarding the nature of the dispute. All parties agree that the dispute revolved around the appellant's entitlement to ERI benefits, which could be the subject of a grievance under s. 91(1)(*a*)(i) of the PSSRA.

53 Taking note of the above differences, it is clear that the disagreement between the parties in this case is whether s. 91 of the PSSRA confers exclusive jurisdiction over the dispute, ousting that of the courts. There is no disagreement regarding the exclusivity of the regime pursuant to s. 92 claims or claims that were initiated under s. 91 and are subject

par. 48(1)), disposait que « [c]haque convention collective contient une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive », les art. 91 et 92 de la LRTFP créent une faculté en prévoyant que le fonctionnaire qui s'estime lésé a « le droit de présenter un grief à tous les paliers de la procédure prévue à cette fin par la présente loi » (art. 91). Comme je l'explique ci-après, ce libellé reflète simplement le fait qu'aucun fonctionnaire n'est tenu de présenter un grief. Il n'est pas concluant quant à l'intention du législateur de faire ou non de la procédure de grief un recours exclusif.

B. *Les exceptions à l'application de la procédure de grief*

La deuxième différence tient à ce que l'art. 91 de la LRTFP prévoit, à l'égard du fonctionnaire, des exceptions à l'application de la procédure de grief dans le cas des différends pour lesquels aucun « autre recours administratif de réparation ne lui est ouvert sous le régime d'une loi fédérale ». On a fait valoir que ces exceptions confirment que le législateur n'a pas voulu, à l'art. 91, écarter la compétence des tribunaux : *Guenette c. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 601 (C.A.), par. 52. Mais l'on pourrait tout autant avancer que la LRTFP et les régimes reconnus forment un régime complet. Selon moi, les exceptions prévues à l'art. 91 ne permettent pas d'affirmer avec certitude que le législateur a voulu ou non rendre exclusif le recours conféré par cette disposition lorsqu'il est ouvert.

C. *La nature du litige*

Une troisième différence tient à ce que la nature du litige ne suscite aucun désaccord en l'espèce. Toutes les parties conviennent que le litige portait sur le droit de l'appelant à des PRA, ce qui pouvait faire l'objet d'un grief en application du sous-al. 91(1)*a*)(i) de la LRTFP.

Étant donné ces différences, il est clair que la question opposant les parties en l'espèce est de savoir si l'art. 91 de la LRTFP confère à l'égard du litige une compétence exclusive écartant celle des tribunaux. Les parties conviennent de l'exclusivité du régime prévu par l'art. 92 et du caractère définitif que confère le par. 96(3) à la décision rendue

to the finality clause in s. 96(3); I will therefore not comment on these sections.

D. *The Grievance Process Under the PSSRA and the Collective Agreement*

To determine whether the s. 91(1) scheme is exclusive, we must first look at its operation. This provision allows employees, including those not subject to a collective agreement, to grieve virtually all employment-related issues up to and including the final level of the grievance process. Third-party adjudication is only permitted under s. 92(1) for specific issues arising out of a collective agreement, discipline or termination of employment. A final decision taken under s. 91 is subject to judicial review under s. 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7.

In this case, the appellant was subject to a collective agreement (the Master Agreement) containing two separate grievance procedures. The first grievance procedure covers disputes arising under agreements concluded by the National Joint Council of the Public Service, which have been incorporated into the Master Agreement (art. 35.01). The second covered all other employment-related disputes as set out in the Master Agreement (art. 35.05). Under the latter, the final level grievance officer was the Chief Executive Officer or Deputy Head or his or her authorized representative (art. 35.06). The Master Agreement also provided that in the case of a grievance that could not be referred to adjudication, the decision taken at the final step in the grievance procedure was final and binding and that no further action could be taken under the PSSRA (art. 35.13).

As discussed, the actions taken by the appellant under the first grievance procedure mentioned above resulted in an adjudicator refusing to deal with the ERI claim on the basis of lack of jurisdiction. The appellant then commenced an action in the Federal Court, alleging that the respondent had been negligent in refusing to grant him ERI benefits. This led

relativement à un grief présenté en application de l'art. 91. Je ne ferai donc aucune remarque sur ces dispositions.

D. *La procédure de grief prévue par la LRTFP et la convention collective*

54 Pour savoir si le régime établi au par. 91(1) est exclusif, nous devons d'abord examiner son application. Cette disposition permet à un fonctionnaire, même s'il n'est pas visé par une convention collective, de présenter un grief relativement à toute question ou presque liée à l'emploi et de le porter jusqu'au dernier palier de la procédure. Le paragraphe 92(1) ne permet l'arbitrage par un tiers que pour certaines questions liées à l'application d'une convention collective, à une mesure disciplinaire ou à un licenciement. La décision finale rendue aux termes de l'art. 91 est susceptible de contrôle judiciaire en vertu de l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7.

55 En l'espèce, l'appelant est visé par une convention collective (« Convention cadre ») qui prévoyait deux procédures de grief distinctes. La première procédure s'appliquait aux litiges découlant de conventions conclues par le Conseil national mixte de la fonction publique, qui ont été intégrées à la Convention cadre (clause 35.01). La seconde s'appliquait à tous les autres litiges liés à l'emploi, comme l'indique la Convention cadre (clause 35.05). Dans ce dernier cas, l'agent des griefs au dernier palier était le chef de la direction ou sous-chef ou son représentant autorisé (clause 35.06). La Convention cadre prévoyait aussi que, dans le cas où le grief ne pouvait être renvoyé à l'arbitrage, la décision rendue au dernier palier de la procédure de grief était définitive et exécutoire et aucune autre mesure ne pouvait être prise en application de la LRTFP (clause 35.13).

56 Comme je l'ai indiqué précédemment, à l'issue de la première procédure de grief mentionnée ci-dessus prise par l'appelant, l'arbitre a refusé de statuer sur la demande de PRA au motif qu'il n'avait pas compétence. L'appelant a alors intenté une action en Cour fédérale, alléguant que l'intimée avait fait preuve de négligence en lui refusant ces

the Federal Court to decide that ERI claims were properly dealt with under s. 91(1).

E. *Does the PSSRA Engage the Application of the Exclusive Jurisdiction Model?*

57 Admittedly, the appellant's claim could be dealt with under s. 91(1); but is this the exclusive forum? Most provincial appellate courts which have dealt with this issue have found that the procedure under s. 91 of the PSSRA does not exclude the jurisdiction of the courts over grievance disputes to which s. 92 does not apply: see *Danilov v. Atomic Energy Control Board* (1999), 125 O.A.C. 130; *Pleau (Litigation Guardian of) v. Canada (Attorney General)* (1999), 182 D.L.R. (4th) 373 (N.S.C.A.); *Phillips v. Harrison* (2000), 196 D.L.R. (4th) 69, 2000 MBCA 150; *Guenette*; *Yearwood v. Canada (Attorney General)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 462, 2002 BCCA 427; *Bell v. Canada (Attorney General)* (2002), 210 D.L.R. (4th) 463, 2002 NFCA 5; *Olsen v. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 483, 2003 BCCA 209. The Federal Court jurisprudence, however, points in the other direction: see *Bouchard v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 187 D.L.R. (4th) 314 (C.A.); *Johnson-Paquette v. Canada* (2000), 253 N.R. 305 (F.C.A.); *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Treasury Board)* (2002), 293 N.R. 325, 2002 FCA 239.

58 In *Weber*, McLachlin J. (as she then was) gave three reasons for adopting the exclusive jurisdictional model: the mandatory language of the *Labour Relations Act*, this Court's reasons in *St. Anne Nackawic*, and reinforcement of the policy of deference to the arbitration and grievance process. The question is whether the above reasons, or any other, resonate in the present case. I conclude on the basis of these factors, as well as the unavailability of independent and specialized adjudication, that the procedure does not oust the jurisdiction of the courts.

59 Here, the statutory language does not explicitly provide for exclusivity. This, however, is not determinative of the legislature's intent. As discussed above, the wording of the provision is but one of

prestations. La Cour fédérale a jugé que la demande de PRA avait été tranchée de façon satisfaisante aux termes du par. 91(1).

E. *La LRTFP commande-t-elle l'application du modèle de la compétence exclusive?*

Certes, la demande de l'appelant pouvait faire l'objet de la procédure prévue au par. 91(1); mais s'agit-il d'un recours exclusif? La plupart des cours d'appel provinciales qui ont examiné cette question ont conclu que l'art. 91 de la LRTFP n'exclut pas la compétence des tribunaux à l'égard des griefs auxquels l'art. 92 ne s'applique pas : voir *Danilov c. Atomic Energy Control Board* (1999), 125 O.A.C. 130; *Pleau (Litigation Guardian of) c. Canada (Attorney General)* (1999), 182 D.L.R. (4th) 373 (C.A.N.-É.); *Phillips c. Harrison* (2000), 196 D.L.R. (4th) 69, 2000 MBCA 150; *Guenette*; *Yearwood c. Canada (Attorney General)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 462, 2002 BCCA 427; *Bell c. Canada (Attorney General)* (2002), 210 D.L.R. (4th) 463, 2002 NFCA 5; *Olsen c. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 483, 2003 BCCA 209. Cependant, la jurisprudence de la Cour fédérale ne va pas dans le même sens : *Bouchard c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1999] A.C.F. nº 1807 (QL) (C.A.); *Johnson-Paquette c. Canada*, [2000] A.C.F. nº 441 (QL) (C.A.); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du Trésor)*, [2002] A.C.F. nº 850 (QL), 2002 CAF 239.

Dans l'arrêt *Weber*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a fait état de trois raisons pour retenir le modèle de la compétence exclusive : le caractère impératif de la *Loi sur les relations de travail*, les motifs de notre Cour dans *St. Anne Nackawic*, et la tendance accrue à la déférence envers la procédure d'arbitrage et de grief. La question est de savoir si ces raisons, ou d'autres, sont présentes en l'espèce. Je conclus, à partir de ces facteurs et de l'inexistence d'une instance décisionnelle à la fois indépendante et spécialisée, que la procédure prévue n'écarte pas la compétence des tribunaux.

Dans la présente affaire, le libellé de la loi ne prévoit pas explicitement l'exclusivité. Ce facteur n'est toutefois pas concluant en ce qui concerne l'intention du législateur. Comme je l'ai dit

three factors considered by this Court in determining exclusive jurisdiction.

In *Pleau*, at p. 381, the Nova Scotia Court of Appeal held that a decision to decline jurisdiction is not based solely on a clear, express grant of jurisdiction to another forum. Rather, Cromwell J.A. properly stated the question to be asked: have the legislature and parties shown a strong preference for a particular dispute resolution process other than the court process? If the legislation is unclear, certain policy considerations should be taken into account, such as, among other things, the desire for the establishment of an inexpensive, efficient and definitive mechanism for the resolution of labour disputes. This will manifest itself essentially in a finding with regard to the comprehensiveness of the labour-related dispute resolution scheme.

In *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14, I explained at para. 34 that the rationale supporting the application of the *Weber* principle is only partially based on the comprehensiveness of a statutory scheme:

> The underlying rationale for the approach to determining jurisdiction set out in *Weber*, *supra*, was based, in part, on the recognition that it would do violence to a comprehensive statutory scheme, designed to govern all aspects of the relationship between parties in a labour relations setting, to allow disputes to be heard in a forum other than that specified in the scheme: see, e.g., *St. Anne Nackawic*, *supra*, at p. 721; *Weber*, at para. 46.

In the case at bar, Sexton J.A. concluded that the PSSRA provided for a comprehensive dispute resolution scheme (para. 19). I agree. But that is not the end of the matter. Other factors also have to be considered in determining whether Parliament intended to create an exclusive scheme, namely the availability of a remedy and the issue of procedural fairness.

In fact, the core of the appellant's argument is that the principles enunciated in *Weber*, and *Regina Police*, find no application here because in those

précédemment, le libellé de la disposition n'est que l'un des trois facteurs considérés par notre Cour pour décider si la compétence est exclusive.

60 Dans *Pleau*, p. 381, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que la décision de décliner compétence ne se fonde pas uniquement sur l'attribution claire et expresse de la compétence à une autre instance. Selon le juge Cromwell, il fallait plutôt se demander si le législateur et les parties avaient montré une nette préférence pour une procédure de règlement des différends autre que la procédure judiciaire. Si la loi n'est pas claire, certaines considérations de principe doivent être prises en compte, notamment la volonté d'établir en matière de relations de travail un mécanisme de règlement des différends qui soit efficace, peu coûteux et définitif. Cette volonté se traduira essentiellement par une décision concluant au caractère exhaustif du régime de règlement des différends en cause.

61 Dans *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14, j'ai expliqué au par. 34 que le raisonnement sous-tendant l'application du principe de l'arrêt *Weber* se fonde seulement en partie sur l'exhaustivité du régime établi par la loi :

> Le raisonnement qui sous-tend le modèle adopté dans l'arrêt *Weber*, précité, pour déterminer l'instance décisionnelle compétente, était fondé, en partie, sur la reconnaissance que le fait de permettre que des litiges soient entendus par un tribunal autre que celui que prévoit un régime législatif complet destiné à régir tous les aspects des rapports entre les parties dans le cadre des relations du travail porterait atteinte à ce régime : voir, par exemple, *St. Anne Nackawic*, précité, à la p. 721; *Weber*, précité, au par. 46.

En l'espèce, le juge d'appel Sexton a conclu que la LRTFP établissait un régime complet de règlement des litiges (par. 19). Je suis d'accord. Mais cela ne clôt pas le débat. Il faut aussi tenir compte d'autres facteurs pour déterminer si le législateur a voulu créer un régime exclusif, notamment l'existence d'un recours et la question de l'équité procédurale.

62 En fait, l'appelant prétend essentiellement que les principes énoncés dans *Weber* et *Regina Police* ne trouvent pas application en l'espèce parce que,

cases, contrary to the scheme created by the PSSRA, the statutory regimes provided for access to an independent decision-maker. In the decision below, Evans J.A. describes the legislative context by stating that "section 91 does not provide employees with access to an impartial decision-maker who is independent of the employer, has the legal powers to compel the production of evidence and the attendance of witnesses, and can decide questions of common law" (para. 131).

63 Sexton J.A. was of the view that this argument must be set aside on the basis of this Court's decision in *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52, according to which the degree of independence required of tribunal members is determined by the legislature or Parliament. This is also the position of the respondent. On the other hand, according to Evans J.A., procedural fairness is assured by the availability of judicial review.

64 In my view, judicial review is not an adequate substitute for the adjudication of claims on their merits. The court's role on judicial review is to "review the decision made by the decision-maker but not to supplant that decision-making process": *Derrickson v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (1993), 63 F.T.R. 292, at p. 298, cited with approval in *Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464 (C.A.), at p. 470. Therefore, I fail to see how the availability of judicial review is equivalent to an initial independent adjudication, where facts can be gathered, testimony heard and questions of law decided independently from the parties involved in the dispute.

65 It is also important here to point out the rationale for deference to statutory decision-makers. In *TWU v. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 S.C.R. 564, at p. 584, this Court stated:

The rationale for this approach has to do with the Court's deference to the "expertise" of statutorily established and administered tribunals. In the field of labour law, the

dans ces deux affaires, le régime en cause prévoyait le recours à un décideur indépendant, ce qui n'est pas le cas du régime établi par la LRTFP. Dans la décision du tribunal inférieur, le juge Evans dit au sujet du contexte législatif que « l'article 91 ne prévoit pas l'accès des fonctionnaires à un décideur impartial indépendant de l'employeur, qui possède les pouvoirs légaux nécessaires pour exiger la production d'éléments de preuve et la comparution de témoins et qui peut se prononcer sur des questions de common law » (par. 131).

Selon le juge Sexton, cet argument devait être écarté en raison de l'arrêt *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52, où notre Cour a statué que le degré d'indépendance exigé des membres d'un tribunal administratif est déterminé par le législateur provincial ou fédéral. L'intimée partage ce point de vue. Par contre, selon le juge Evans, l'accès au contrôle judiciaire garantit l'équité procédurale.

À mon avis, un contrôle judiciaire ne saurait se substituer à une décision sur le fond. Le rôle du tribunal lors d'un contrôle judiciaire consiste à « examiner la décision contestée, mais non à se substituer à l'instance qui l'a rendue » : *Derrickson c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1993), 63 F.T.R. 292, p. 298, cité et approuvé dans *Macinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464 (C.A.), p. 470. Par conséquent, je ne vois pas comment la possibilité d'un contrôle judiciaire pourrait équivaloir à un examen initial indépendant où les faits peuvent être établis, des témoignages entendus et des questions de droit tranchées en toute indépendance vis-à-vis des parties au litige.

Il importe également ici de signaler la raison d'être du respect auquel ont droit les instances décisionnelles créées par la loi. Dans *STT c. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 R.C.S. 564, p. 584, notre Cour a dit :

Cette politique s'explique par le respect de la Cour pour « l'expertise » des tribunaux constitués et administrés en vertu de la loi. Dans le domaine du droit du travail, la

concentration of decision making power among labour tribunals and arbitrators is designed for efficiency, and is tailored to the development of a coherent labour law policy.

The specialized nature of the statutorily created dispute resolution forum was also a reason given for increased deference by courts to structures set out by labour legislation in *Gendron*, at p. 1326. As observed by the courts in *Pleau* and *Guenette*, there is no evidence of any particular expertise on the part of the employer-appointed decision-maker in the PSSRA, or in the collective agreement. This, in my view, reinforces the notion that access to an independent decision-maker is crucial. Indeed, in those cases where the court held that a comprehensive scheme was a determinative factor in deciding that the legislative scheme was exclusive, that scheme provided for an expert independent decision-maker. The fact that procedural fairness was not expressly identified as a consideration in determining the exclusiveness of a statutory scheme does not, in my view, diminish its relevance.

concentration du pouvoir décisionnel entre les mains des tribunaux du travail et des arbitres vise à favoriser l'efficacité et est adaptée au développement d'une politique cohérente en matière de droit du travail.

Le caractère spécialisé des instances de règlement des différends créées par les lois sur les relations de travail justifiait également, selon notre Cour, que les tribunaux fassent preuve d'une plus grande déférence envers ces instances : *Gendron*, p. 1326. Comme l'ont fait remarquer les tribunaux dans *Pleau* et *Guenette*, aucun élément de la LRTFP ou des conventions collectives ne permet de conclure que le décideur nommé par l'employeur posséderait une expertise particulière. Ce qui confirme à mon avis l'importance fondamentale de l'accès à un décideur indépendant. Certes, dans les affaires où la Cour a conclu que l'exhaustivité du régime créé par la loi était un facteur décisif pour statuer sur son exclusivité, le régime prévoyait le prononcé d'une décision par un expert indépendant. Le fait que l'équité procédurale n'a pas été expressément considérée comme un facteur militant en faveur de l'exclusivité ne diminue en rien, quant à moi, sa pertinence.

In *Regina Police*, I wrote that the legislature intended to provide a complete code for the resolution of disciplinary matters, but that code provided for an independent and expert adjudication forum (at para. 31):

> The detailed provisions in the legislative scheme governing disciplinary matters are a clear indication that the legislature intended to provide a complete code within *The Police Act* and Regulations for the resolution of disciplinary matters involving members of the police force.

66 Dans *Regina Police*, j'ai écrit que le législateur avait voulu constituer un code complet pour le règlement des affaires disciplinaires; mais ce code prévoyait le recours à une instance décisionnelle spécialisée et indépendante (par. 31) :

> Les dispositions détaillées du régime législatif qui régit les affaires disciplinaires indiquent clairement que le législateur voulait que *The Police Act* et le Règlement constituent un code complet pour le règlement des affaires disciplinaires mettant en cause des membres du corps policier.

In *Gendron*, the scheme was said to be similar to the court process (at p. 1317):

> In reviewing the legislation it becomes clear that, at least as regards the duty of fair representation, Parliament has enacted a comprehensive, exclusive code. An overview of the Code puts the statutory duty of fair representation in its proper context, that of a complete and comprehensive scheme that both supplies the duty and provides the necessary adjudicative machinery such that resort to the common law is duplicative in any situation where the statute applies. [Emphasis added.]

67 Dans *Gendron*, le régime a été comparé au processus judiciaire (p. 1317) :

> À l'examen de la Loi, il devient clair, tout au moins en ce qui concerne le devoir de juste représentation, que le Parlement a adopté un code complet et exclusif. Une vue d'ensemble du Code permet de situer le devoir légal de juste représentation dans son contexte approprié, c'est-à-dire celui d'un régime complet et global qui établit le devoir et prévoit un mécanisme nécessaire de règlement des griefs de sorte que le recours à la common law fait double emploi dans tous les cas où la Loi s'applique. [Je souligne.]

68 The risk of duplication was similarly considered in *St. Anne*, at pp. 718-19:

> The more modern approach is to consider that labour relations legislation provides a code governing all aspects of labour relations, and that it would offend the legislative scheme to permit the parties to a collective agreement, or the employees on whose behalf it was negotiated, to have recourse to the ordinary courts which are in the circumstances a duplicative forum to which the legislature has not assigned these tasks. [Emphasis added.]

69 And in *Weber*, at para. 58:

> [The exclusive jurisdiction model] satisfies the concern that the dispute resolution process which the various labour statutes of this country have established should not be duplicated and undermined by concurrent actions. It conforms to a pattern of growing judicial deference for the arbitration and grievance process and correlative restrictions on the rights of parties to proceed with parallel or overlapping litigation in the courts. [Emphasis added.]

70 In my view, the risk of duplication is an equally important policy consideration underlying the exclusive jurisdiction model. The Ontario Court of Appeal's decision in *Jadwani v. Canada (Attorney General)* (2001), 52 O.R. (3d) 660, points in the same direction. In upholding the motions judge's decision to strike a claim because the allegations in the pleadings and those made in the adjudication were essentially the same, McMurtry C.J.O. noted that "[s]triking the statement of claim in this case serves the policy goal of preventing the courts from becoming a duplicative forum for matters addressed and grieved under the Collective Agreement" (para. 30).

71 In the case at bar, resort to the common law courts cannot be said to be truly duplicative because no independent adjudication is possible at the grievance level. If the policy concerns underlying the exclusive jurisdiction model are not present, it is inappropriate to conclude that there is exclusive jurisdiction when there is no mandatory language in the statute to support that finding. As mentioned earlier, the availability of judicial review cannot cure

Ce risque de double emploi a également été considéré dans *St. Anne*, p. 718-719 :

> L'attitude plus moderne consiste à considérer que les lois en matière de relations de travail prévoient un code régissant tous les aspects des relations de travail et que l'on porterait atteinte à l'économie de la loi en permettant aux parties à une convention collective ou aux employés pour le compte desquels elle a été négociée, d'avoir recours aux tribunaux ordinaires qui sont dans les circonstances une juridiction faisant double emploi à laquelle la législature n'a pas attribué ces tâches. [Je souligne.]

Et dans *Weber*, par. 58 :

> [Le modèle de la compétence exclusive] exauce le souhait que la procédure de règlement de litige établie par les diverses lois sur les relations du travail au pays ne soit pas doublée ou minée par des actions concomitantes. Il obéit à une tendance de plus en plus forte à faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de la procédure d'arbitrage et de grief et à reconnaître des restrictions corrélatives aux droits des parties d'intenter des actions en justice qui sont parallèles ou se chevauchent. [Je souligne.]

À mon avis, le risque de double emploi est une considération de principe tout aussi importante qui sous-tend le modèle de la compétence exclusive. Dans *Jadwani c. Canada (Attorney General)* (2001), 52 O.R. (3d) 660, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé dans le même sens. En confirmant la décision du juge des requêtes de radier une déclaration au motif que les allégations dans les actes de procédure et celles formulées dans le grief étaient essentiellement les mêmes, le juge en chef McMurtry a signalé que [TRADUCTION] « la radiation de la déclaration en l'espèce contribue à la réalisation de l'objectif de principe qui est d'empêcher que les tribunaux deviennent une tribune parallèle pour le règlement de questions traitées dans la convention collective et qui font l'objet d'un grief » (par. 30).

Dans la présente affaire, on ne saurait affirmer que le recours aux tribunaux de droit commun ferait véritablement double emploi puisque aucune décision indépendante n'est susceptible d'être rendue dans le cadre de la procédure de grief. Si les considérations de principe qui sous-tendent le modèle de la compétence exclusive ne sont pas présentes, il est inapproprié de conclure à une compétence exclusive en l'absence d'une disposition impérative en ce sens

this defect. The British Columbia Court of Appeal put it well in *Yearwood*, at para. 74:

With the exception of *Johnson-Pacquette* [*sic*], none of the authorities to which I have referred have regarded the availability of judicial review as a factor militating against an action in court. The remedies are essentially different, and I am not persuaded that the availability of judicial review can operate as a bar to an action in circumstances such as these. The availability of adjudication of a party's claims on the merits by an independent third party is the single most important factor the courts have emphasized in determining the extent to which *Weber* applies so as to exclude the jurisdiction of the courts. Unlike employees covered by the collective agreement, who have at least some prospect of having complaints in the nature of Mr. Yearwood's complaint adjudicated, Mr. Yearwood has no recourse to such a remedy. As in the cases of *Danilov*, *Pleau*, *Phillips*, and *Bell*, Mr. Yearwood's only avenue to a resolution of his claim on the merits by an independent third party is by way of civil action.

While I agree that the regime in this case is comprehensive, this is not enough. Courts retain residual jurisdiction in cases where an aggrieved employee has no recourse to independent adjudication. As stated by McLachlin J. in *Brotherhood of Maintenance of Way Employees Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 495, at para. 8:

No matter how comprehensive a statutory scheme for the regulation of disputes may be, the possibility always remains that events will produce a difficulty which the scheme has not foreseen. It is important in these circumstances that there be a tribunal capable of resolving the matter, if a legal, rather than extra-legal, solution is to be found. It is precisely for this reason that the common law developed the notion of courts of inherent jurisdiction. If the rule of law is not to be reduced to a patchwork, sometime thing, there must be a body to which disputants may turn where statutes and statutory schemes offer no relief.

In sum, although s. 91 of the PSSRA creates a comprehensive and efficient dispute resolution regime, the unavailability of independent

dans la loi. Comme je l'ai mentionné précédemment, la possibilité d'un contrôle judiciaire ne peut remédier à cette lacune. Dans *Yearwood*, par. 74, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a dit avec justesse :

[TRADUCTION] À l'exception de *Johnson-Paquette*, aucune des décisions dont j'ai fait mention ne voit dans la possibilité d'un contrôle judiciaire un facteur militant contre l'action en justice. Il s'agit de recours essentiellement différents, et je ne suis pas convaincu que l'éventualité d'un contrôle judiciaire puisse faire obstacle à une action en justice dans de telles circonstances. Le facteur que les tribunaux ont jugé le plus important pour déterminer si l'arrêt *Weber* s'applique et exclut leur compétence est la possibilité d'obtenir, d'un tiers indépendant, une décision sur le fond. Contrairement à l'employé protégé par la convention collective, qui a au moins une chance de voir sa plainte, semblable à celle de M. Yearwood, faire l'objet d'un arbitrage, ce dernier ne peut nourrir aucun espoir en ce sens. Comme dans les affaires *Danilov*, *Pleau*, *Phillips* et *Bell*, pour qu'un tiers indépendant statue sur sa demande, M. Yearwood n'a d'autre choix que d'intenter une action au civil.

72 Je conviens que le régime est complet en l'espèce, mais cela ne suffit pas. Les tribunaux conservent la compétence résiduelle lorsqu'un employé s'estimant lésé n'a aucun recours devant un décideur indépendant. Comme l'a dit la juge McLachlin dans *Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée*, [1996] 2 R.C.S. 495, par. 8 :

Si détaillé que puisse être un régime établi par la loi pour le règlement des conflits, il reste toujours une possibilité que des événements entraînent un problème que le régime n'avait pas prévu. Il est alors important qu'il y ait un tribunal capable de résoudre ce problème, si l'on veut trouver une solution judiciaire plutôt qu'extrajudiciaire. C'est précisément pour cette raison que la common law a élaboré la notion de cours investies d'une compétence inhérente. Si l'on veut éviter que la primauté du droit ne soit réduite à un ensemble incohérent, appliqué au gré de la fantaisie, il faut qu'il y ait une entité à laquelle les parties à un conflit puissent s'en remettre lorsque les lois et les régimes établis par celles-ci ne prévoient aucun recours.

73 En somme, même si l'art. 91 de la LRTFP crée un régime complet et efficace de règlement des différends, l'absence de recours à un décideur

adjudication, combined with the absence of mandatory language in the wording of the statute and lack of expertise of the employer-appointed decision-maker, points away from a finding of exclusive jurisdiction. Consequently, employees should not be precluded from commencing an action in the courts.

V. Disposition

74 For the above reasons, I would allow the appeal with costs throughout.

Appeal dismissed with costs, McLACHLIN C.J. *and* BASTARACHE J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Alberta: McLennan Ross, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Allen, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

indépendant, jumelée à l'absence d'un libellé impératif dans la loi et d'une expertise du décideur désigné par l'employeur, ne permet pas de conclure à l'exclusivité de la compétence. Par conséquent, un fonctionnaire ne devrait pas être empêché d'intenter une action devant une cour de justice.

V. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge en chef McLACHLIN *et le juge* BASTARACHE *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : McLennan Ross, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada : Raven, Allen, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

J.J. *Appellant*

v.

Nova Scotia (Minister of Health) *Respondent*

and

Advocacy Centre for the Elderly, People First of Canada and Canadian Association for Community Living *Interveners*

J.J. *Appelante*

c.

Nouvelle-Écosse (Ministre de la Santé) *Intimée*

et

Advocacy Centre for the Elderly, Des Personnes d'Abord du Canada et Association canadienne pour l'intégration communautaire *Intervenants*

INDEXED AS: NOVA SCOTIA (MINISTER OF HEALTH) *v.* J.J.

Neutral citation: 2005 SCC 12.

File No.: 29717.

2004: November 4; 2005: March 18.

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

RÉPERTORIÉ : NOUVELLE-ÉCOSSE (MINISTRE DE LA SANTÉ) *c.* J.J.

Référence neutre : 2005 CSC 12.

N° du greffe : 29717.

2004 : 4 novembre; 2005 : 18 mars.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Adult protection — Plan of care for adult in need of protection — Family Court jurisdiction — Whether Family Court has jurisdiction to impose terms and conditions on plan proposed by Minister of Health for vulnerable adult's care — Adult Protection Act, R.S.N.S. 1989, c. 2, s. 9(3)(c).

A Family Court judge declared J to be an adult in need of protection under s. 9 of the Nova Scotia *Adult Protection Act* and accepted the Minister of Health's proposed plan of care, which was to place J in her apartment under strict conditions of daily supervision and support. Because funding was not approved for the supervising personnel, the Minister sought a variation order and the approval of a new plan which called for J to be placed in a facility located outside the Halifax region. The judge renewed the order authorizing the Minister to provide J with services, including placement in a facility, but ordered that J not be placed in an institution outside the Halifax region. She concluded that the Minister's proposed placement was contrary to

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Protection des adultes — Plan de soins pour adultes ayant besoin de protection — Compétence du Tribunal de la famille — Le Tribunal de la famille a-t-il compétence pour imposer des conditions aux plans de soins proposés par le ministre de la Santé à l'égard d'adultes vulnérables? — Adult Protection Act, R.S.N.S. 1989, ch. 2, art. 9(3)c).

Une juge du Tribunal de la famille a déclaré J adulte ayant besoin de protection, en vertu de l'art. 9 de l'*Adult Protection Act* de la Nouvelle-Écosse, et a accepté le plan de soins proposé par le ministre de la Santé, qui était de placer J à domicile, avec des mesures strictes de surveillance et d'aide quotidiennes. Comme des fonds pour la surveillance à domicile n'ont pas été approuvés, le ministre a demandé une ordonnance modificative et l'approbation d'un nouveau plan prévoyant le placement de J dans un établissement situé hors de la région de Halifax. La juge a renouvelé l'ordonnance autorisant le ministre à fournir des services à J, notamment le placement en établissement, mais a ordonné que le placement ne soit pas à l'extérieur de la région de

J's welfare and would not enhance her ability to care and fend for herself. The Court of Appeal found that the Family Court judge had exceeded her jurisdiction by prohibiting J's placement outside the Halifax region, holding that when the Family Court is provided with only one plan of care, its jurisdiction under s. 9(3)(c) of the *Adult Protection Act* is limited to simply accepting or vetoing it.

Held: The appeal should be allowed.

The Family Court judge did not exceed her jurisdiction. Section 9(3)(c) must be interpreted in a manner consistent with the purpose of the *Adult Protection Act*: to provide adults who cannot protect or care for themselves with access to services which are in their best interests and will enhance their ability either to look after or protect themselves (s. 2). The governing consideration is the welfare of the adult (s. 12). Since the responsibility for ensuring the welfare and best interests of the vulnerable adult is legislatively assigned to the Family Court, when the court declares an adult to be in need of protection under s. 9(3), it has jurisdiction under para. (c) to assess whether the services to be provided by the state are consistent with the adult's welfare and best interests and to amend the Minister's proposal where necessary to ensure legislative compliance. [16] [20-21]

Cases Cited

Referred: *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. L.K.* (1991), 107 N.S.R. (2d) 377.

Statutes and Regulations Cited

Adult Protection Act, R.S.N.S. 1989, c. 2, ss. 2, 3(b), 7, 9(1), (3), (6), (7), 12.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Roscoe, Freeman and Hamilton JJ.A.) (2003), 212 N.S.R. (2d) 193, 665 A.P.R. 193, [2003] N.S.J. No. 57 (QL), 2003 NSCA 25, allowing an appeal from a decision of Legere J. (2002), 202 N.S.R. (2d) 362, 632 A.P.R. 362, [2002] N.S.J. No. 153 (QL), 2002 NSSF 19. Appeal allowed.

Claire McNeil and *Susan Young*, for the appellant.

Edward A. Gores, for the respondent.

Halifax. Elle a conclu que le placement proposé par le ministre était contraire au bien-être de l'intéressée et ne la rendrait pas plus apte à prendre soin d'elle-même et à se débrouiller seule. Selon la Cour d'appel, la juge du Tribunal de la famille a outrepassé sa compétence en interdisant le placement à l'extérieur de la région de Halifax, statuant que, si un seul plan est soumis au Tribunal de la famille, celui-ci n'a compétence, selon l'al. 9(3)c) de l'*Adult Protection Act* de la Nouvelle-Écosse, que pour l'accepter ou le refuser.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La juge du Tribunal de la famille n'a pas outrepassé sa compétence. Il faut donner à l'al. 9(3)c) une interprétation compatible avec l'objet de l'*Adult Protection Act* : assurer pour les adultes qui ne peuvent se protéger ou prendre soin d'eux-mêmes l'accessibilité des services qui sont dans leur intérêt véritable et qui les rendront plus aptes à prendre soin d'eux-mêmes ou à se protéger (art. 2). Le facteur déterminant est le bien-être de l'adulte (art. 12). Étant donné que la loi assigne au Tribunal de la famille la responsabilité de veiller au bien-être et aux intérêts véritables des adultes vulnérables, lorsque le tribunal déclare qu'un adulte a besoin de protection selon le par. 9(3), il a compétence selon l'al. c) pour déterminer si les services à fournir par l'État cadrent avec le bien-être de cet adulte et sont dans son intérêt véritable et pour modifier, au besoin, le plan proposé par le ministre afin qu'il soit conforme à la loi. [16] [20-21]

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. L.K.* (1991), 107 N.S.R. (2d) 377.

Lois et règlements cités

Adult Protection Act, R.S.N.S. 1989, ch. 2, art. 2, 3b), 7, 9(1), (3), (6), (7), 12.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Roscoe, Freeman et Hamilton) (2003), 212 N.S.R. (2d) 193, 665 A.P.R. 193, [2003] N.S.J. No. 57 (QL), 2003 NSCA 25, qui a accueilli l'appel interjeté contre une décision de la juge Legere (2002), 202 N.S.R. (2d) 362, 632 A.P.R. 362, [2002] N.S.J. No. 153 (QL), 2002 NSSF 19. Pourvoi accueilli.

Claire McNeil et *Susan Young*, pour l'appelante.

Edward A. Gores, pour l'intimée.

Graham Webb and *Judith A. Wahl*, for the intervener the Advocacy Centre for the Elderly.

Phyllis Gordon, *Dianne Wintermute* and *Roberto Lattanzio*, for the interveners People First of Canada and Canadian Association for Community Living.

The judgment of the Court was delivered by

ABELLA J. — When adults are neglected, abused, or otherwise unable to care for themselves, the state can decide to take them under its protective wing and provide necessary services. When an adult's care is so entrusted, however, a court is required to review and monitor the state's judgment. The issue in this appeal is the scope of that ongoing review under Nova Scotia's adult protection legislation.

Background

The legislative scheme underlying this dispute is found in Nova Scotia's *Adult Protection Act*, R.S.N.S. 1989, c. 2. Section 3 of the Act generally defines an adult in need of protection as one who, because of physical or mental disabilities, is unable to protect himself or herself from physical, mental or sexual abuse; or who does not or cannot provide for his or her own adequate care and attention because of physical or mental disabilities.

Since April 5, 2000, the Minister of Health has been responsible for the administration of the Act. If, after an assessment, the Minister is satisfied that an individual who is willing to accept assistance is an adult in need of protection, he or she is obliged by s. 7 to help the person obtain services which "will enhance the ability of the person to care and fend adequately for himself or will protect the person from abuse or neglect".

If, on the other hand, the person is unwilling to accept the Minister's assistance, the Minister can

Graham Webb et *Judith A. Wahl*, pour l'intervenant Advocacy Centre for the Elderly.

Phyllis Gordon, *Dianne Wintermute* et *Roberto Lattanzio*, pour les intervenants Des Personnes d'Abord du Canada et l'Association canadienne pour l'intégration communautaire.

Version française du jugement de la Cour rendu par

1 LA JUGE ABELLA — Lorsque des adultes sont négligés ou maltraités ou sont autrement incapables de prendre soin d'eux-mêmes, l'État peut décider de les prendre sous son aile protectrice et de leur fournir les services nécessaires. Toutefois, il faut qu'un tribunal examine la décision de l'État et en surveille l'application lorsqu'un adulte est ainsi pris en charge. Le présent pourvoi soulève la question de la portée de cet examen continu sous le régime de la législation de la Nouvelle-Écosse en matière de protection des adultes.

Contexte

2 Le régime législatif à l'origine du présent litige est établi dans la loi *Adult Protection Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 2 (la « Loi »). De façon générale, l'art. 3 de la Loi définit l'adulte ayant besoin de protection comme étant l'adulte qui est incapable de se protéger contre les mauvais traitements d'ordre physique, mental ou sexuel en raison d'une incapacité physique ou mentale, ou qui néglige ou est incapable de prendre des mesures pour recevoir des soins et une attention adéquats en raison d'une incapacité physique ou mentale.

3 Depuis le 5 avril 2000, l'application de la Loi relève du ministre de la Santé. Si, après évaluation, le ministre est convaincu qu'une personne disposée à accepter de l'aide est un adulte ayant besoin de protection, il est tenu, selon l'art. 7, de l'aider à obtenir des services [TRADUCTION] « qui la rendront plus apte à prendre soin d'elle-même et à se débrouiller seule convenablement ou qui lui assureront une protection contre les mauvais traitements ou la négligence ».

4 Toutefois, si la personne refuse l'aide du ministre, celui-ci peut, en vertu du par. 9(3) de la Loi,

apply to the Family Court under s. 9(3) of the Act for an order declaring the adult to be in need of protection and, where applicable, obtain a protective intervention order. Section 9(3)(c) of the Act provides that if, after a hearing, the court is satisfied that the individual is an adult in need of protection and mentally incapable of deciding whether to accept the Minister's assistance, the court "may, where it appears to the court to be in the best interest of that person, make an order authorizing the Minister to provide the adult with services, including placement . . ., which will enhance the ability of the adult to care and fend adequately for himself or . . . protect the adult from abuse or neglect".

demander au Tribunal de la famille de rendre une ordonnance déclarant que l'adulte a besoin de protection et, le cas échéant, une ordonnance d'intervention protectrice. L'alinéa 9(3)c) de la Loi dispose que si, après l'audition de la demande, le tribunal est convaincu que la personne est un adulte ayant besoin de protection et qu'elle est mentalement incapable de décider si elle doit ou non accepter l'aide du ministre, il peut [TRADUCTION] « s'il [l']estime dans l'intérêt véritable de la personne [. . .] rendre une ordonnance autorisant le ministre à lui fournir des services, notamment le placement [. . .], qui la rendront plus apte à prendre soin d'elle-même et à se débrouiller seule convenablement ou qui lui assureront une protection contre les mauvais traitements et la négligence ».

5 The woman who is the subject of these proceedings, J.J., is in her mid-thirties. She was in institutional care at the Nova Scotia Hospital since December 1998. On March 23, 1999, she was found to be an adult in need of protection under s. 9 by Legere J. of the Family Court. The court took into account a number of factors, including her "marked cognitive impairment", her impulsive and violent behaviour, and the fact that she had little or no insight into her medical condition or the consequences of failing to take her medication. There was evidence of threats, including threats with a knife, a bomb threat and harassment; frequent calls to ambulance and fire departments for assistance; setting her hair and coat on fire to gain attention; violent behaviour towards others; and a history of being evicted from apartments.

La personne visée par l'instance est une femme au milieu de la trentaine, J.J., qui recevait depuis décembre 1998 des soins en établissement, au Nova Scotia Hospital. Le 23 mars 1999, la juge Legere, du Tribunal de la famille, l'a déclarée adulte ayant besoin de protection au sens de l'art. 9. Elle a tenu compte de divers facteurs, dont la [TRADUCTION] « déficience cognitive marquée » de l'intéressée, son comportement impulsif et violent et le fait qu'elle n'était guère consciente de ses troubles médicaux ou des conséquences que cela entraîne de ne pas prendre ses médicaments. Il a été mis en preuve qu'elle avait proféré des menaces, notamment armée d'un couteau, et qu'elle avait aussi menacé de faire sauter une bombe et faisait du harcèlement, qu'elle appelait fréquemment les ambulanciers ou les pompiers à l'aide, qu'elle avait mis le feu à ses cheveux et à son manteau pour attirer l'attention, qu'elle avait un comportement violent envers autrui et qu'elle se faisait souvent expulser de son logement.

6 Because she was considered to be a risk to herself and others, Legere J. found that Ms. J. could not live on her own or with others without strict conditions of supervision and support.

La juge Legere a conclu qu'à cause du risque qu'elle représentait pour elle-même et pour autrui, M^me^ J. ne pouvait vivre seule ou avec d'autres sans mesures strictes de surveillance et d'aide.

7 A plan of care was proposed to the court, on consent, placing Ms. J. in her own apartment for a trial period with a minimum of eight hours of daily supervision. In addition, there was to be a standing order for committal to the Nova Scotia Hospital in the

Sur consentement, un plan de soins a été soumis au tribunal : pendant une période d'essai, M^me^ J. serait placée à domicile en bénéficiant d'au moins huit heures de surveillance par jour. Il était également prévu que, si M^me^ J. ne respectait pas le plan

event of a breach of the plan, including her refusal to take medication. She agreed to the required supervision and undertook to take her medication on a regular basis, recognizing that failure to do so would result in her being returned to the hospital. Among these and other provisions, the March 31, 1999 consent order authorized the Minister to provide Ms. J. with services that would "enhance [her] ability . . . to care and fend adequately for herself", specifically supervision in her own apartment.

de soins, notamment en refusant de prendre ses médicaments, une ordonnance permanente prescrivant son internement au Nova Scotia Hospital serait rendue. M^me^ J. a accepté la surveillance exigée et s'est engagée à prendre ses médicaments régulièrement, reconnaissant qu'elle serait renvoyée à l'hôpital si elle ne le faisait pas. L'ordonnance sur consentement du 31 mars 1999 autorisait notamment le ministre à fournir à M^me^ J. des services susceptibles de la rendre [TRADUCTION] « plus apte à prendre soin d'elle-même et à se débrouiller seule convenablement » et, plus particulièrement, un service de surveillance à domicile.

Legere J. endorsed the plan, directing that a copy of the order be given to the police department, to the Nova Scotia Hospital admissions department, as well as to other individuals. The order was renewed several times. 8

La juge Legere a approuvé le plan et a ordonné qu'une copie de l'ordonnance soit remise au service de police, au service d'admission du Nova Scotia Hospital ainsi qu'à d'autres personnes. L'ordonnance a été renouvelée plusieurs fois.

The placement never occurred because funding was not approved for the supervising personnel. As a result, Ms. J. remained an in-patient at the Nova Scotia Hospital. 9

Le placement n'a jamais eu lieu, parce que les fonds nécessaires à la surveillance à domicile n'ont jamais été approuvés. M^me^ J. est donc restée au Nova Scotia Hospital.

On September 1, 2000, the Minister sought a variation order removing the specific placement provisions in the original order and authorizing a new plan of care which called for Ms. J. to be placed in a facility located outside the Halifax Regional Municipality. 10

Le 1^er^ septembre 2000, le ministre a demandé une ordonnance modificative visant à supprimer dans l'ordonnance originale les dispositions relatives au placement et à approuver un nouveau plan de soins prévoyant le placement de M^me^ J. dans un établissement situé hors de la municipalité régionale de Halifax.

Legere J., in careful and extensive reasons, concluded that the Minister's proposal to place Ms. J. in a facility outside the Halifax region was contrary to her welfare and would not enhance her ability to care and fend for herself: (2002), 202 N.S.R. (2d) 362, 2002 NSSF 19. As a result, while renewing the order authorizing the Minister to provide Ms. J. with services, including placement in a facility, Legere J. ordered that: 11

La juge Legere a conclu, dans ses motifs approfondis et rédigés avec rigueur, que le plan du ministre de placer M^me^ J. dans un établissement à l'extérieur de la région de Halifax était contraire au bien-être de l'intéressée et ne la rendrait pas plus apte à prendre soin d'elle-même et à se débrouiller seule : (2002), 202 N.S.R. (2d) 362, 2002 NSSF 19. C'est ainsi qu'en renouvelant l'ordonnance autorisant le ministre à fournir des services à M^me^ J., notamment le placement en établissement, elle a prescrit :

. . . such placement shall not include the plan proposed by the Minister before the court, which plan required placement in [a Regional Rehabilitation Centre] Institution outside of the [Halifax] region . . . .

[TRADUCTION] . . . ce placement ne doit pas se faire selon le plan proposé par le ministre, lequel exige le placement dans un établissement [centre régional de réhabilitation] à l'extérieur de la région [de Halifax] . . .

12 On appeal by the Minister, Roscoe J.A., writing for a unanimous court (Freeman and Hamilton JJ.A.), concluded that Legere J. had exceeded her jurisdiction by prohibiting the Minister from placing Ms. J. outside the Halifax region: (2003), 212 N.S.R. (2d) 193, 2003 NSCA 25. The Court of Appeal accepted the Minister's argument that the legislative scheme limited the court's role in s. 9(3)(c) to determining whether the person was an adult in need of protection and, if so, whether it was in that adult's best interests for the court to authorize the Minister to provide services. Having determined that the person's best interests require the state's services, the Family Court's function, the Court of Appeal concluded, is restricted to determining which of the plans submitted to the court, including plans presented by families or third parties, should be endorsed. If the court is provided with only one plan, the court's jurisdiction is limited simply to accepting or vetoing it.

13 In the case of Ms. J., that meant that the only choice available to the Family Court was to decide whether to approve the Minister's plan to have her placed in a facility outside Halifax or to approve no plan at all.

14 Ms. J. appealed and obtained a stay from Bateman J.A.: (2003), 215 N.S.R. (2d) 354, 2003 NSCA 71. For the reasons that follow, I would allow the appeal.

Analysis

15 This appeal centers on the Family Court's jurisdiction under s. 9(3)(c) of the *Adult Protection Act* of Nova Scotia to impose terms and conditions on plans proposed by the Minister for a vulnerable adult's care. The following provisions of the Act are relevant to the interpretive exercise:

2 The purpose of this Act is to provide a means whereby adults who lack the ability to care and fend adequately for themselves can be protected from abuse and neglect by providing them with access to services which

Le ministre a porté cette décision en appel, et le juge Roscoe, rendant le jugement unanime de la cour (les juges Freeman et Hamilton ayant souscrit à ses motifs), a statué que la juge Legere avait outrepassé sa compétence en interdisant au ministre de placer M^me^ J. à l'extérieur de la région de Halifax : (2003), 212 N.S.R. (2d) 193, 2003 NSCA 25. La Cour d'appel a retenu l'argument du ministre que le rôle du tribunal, selon le régime établi à l'al. 9(3)c), se borne à déterminer si l'intéressé est un adulte ayant besoin de protection et, dans l'affirmative, s'il est dans l'intérêt véritable de cet adulte d'autoriser le ministre à lui fournir des services. La Cour d'appel a conclu que le Tribunal de la famille, après avoir déterminé qu'il est dans l'intérêt véritable de l'adulte de recevoir des services de l'État, a pour seule fonction d'établir lequel des plans soumis, notamment ceux présentés par la famille ou par des tiers, doit être approuvé. Si un seul plan est soumis, le Tribunal n'a compétence que pour l'accepter ou le refuser.

Dans le cas de M^me^ J., cela signifiait que la seule option qui s'offrait au Tribunal de la famille était d'approuver le plan du ministre de la placer dans un établissement à l'extérieur de la région de Halifax ou de n'approuver aucun plan.

M^me^ J. a interjeté appel et a obtenu de la juge Bateman un sursis à l'exécution de la décision : (2003), 215 N.S.R. (2d) 354, 2003 NSCA 71. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Analyse

Le présent pourvoi porte principalement sur la compétence que l'al. 9(3)c) de la Loi confère au Tribunal de la famille pour imposer des conditions aux plans de soins proposés par le ministre à l'égard d'adultes vulnérables. Les dispositions de la Loi qui sont pertinentes pour l'exercice d'interprétation sont les suivantes :

[TRADUCTION]

2 La présente loi a pour objet de fournir des moyens permettant de protéger les adultes incapables de prendre soin d'eux-mêmes et de se débrouiller seuls convenablement contre les mauvais traitements et la négligence en

will enhance their ability to care and fend for themselves or which will protect them from abuse or neglect.

3 In this Act,

. . .

(b) "adult in need of protection" means an adult who, in the premises where he resides,

(i) is a victim of physical abuse, sexual abuse, mental cruelty or a combination thereof, is incapable of protecting himself therefrom by reason of physical disability or mental infirmity, and refuses, delays or is unable to make provision for his protection therefrom, or

(ii) is not receiving adequate care and attention, is incapable of caring adequately for himself by reason of physical disability or mental infirmity, and refuses, delays or is unable to make provision for his adequate care and attention;

7 Where, after an assessment, the Minister is satisfied that a person is an adult in need of protection, the Minister shall assist the person, if the person is willing to accept the assistance, in obtaining services which will enhance the ability of the person to care and fend adequately for himself or will protect the person from abuse or neglect.

9 (1) Where on the basis of an assessment made pursuant to this Act the Minister is satisfied that there are reasonable and probable grounds to believe a person is an adult in need of protection, he may apply to a court for an order declaring the person to be an adult in need of protection and, where applicable, a protective intervention order.

. . .

(3) Where the court finds, upon the hearing of the application, that a person is an adult in need of protection and either

(a) is not mentally competent to decide whether or not to accept the assistance of the Minister; or

(b) is refusing the assistance by reason of duress,

leur donnant accès à des services qui les rendront plus aptes à prendre soin d'eux-mêmes et à se débrouiller seuls ou qui leur assureront une protection contre les mauvais traitements ou la négligence.

3 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

b) « adulte ayant besoin de protection » Adulte qui, dans les lieux où il réside, remplit l'un des critères suivants :

(i) il est victime de mauvais traitements d'ordre physique ou sexuel, de cruauté mentale ou d'une combinaison de ces éléments, est incapable de s'en protéger en raison d'une incapacité physique ou infirmité mentale et refuse ou est incapable de prendre des mesures pour assurer sa protection, ou tarde à le faire,

(ii) il ne reçoit pas des soins et une attention adéquats, est incapable de prendre soin de lui-même convenablement en raison d'une incapacité physique ou infirmité mentale et refuse ou est incapable de prendre des mesures pour recevoir des soins et une attention adéquats, ou tarde à le faire.

7 Si, après l'évaluation, il est convaincu qu'une personne est un adulte ayant besoin de protection, le ministre l'aide à obtenir des services qui la rendront plus apte à prendre soin d'elle-même et à se débrouiller seule convenablement ou qui lui assureront une protection contre les mauvais traitements ou la négligence, si elle est disposée à accepter cette aide.

9 (1) Si, d'après l'évaluation prévue à la présente loi, le ministre est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une personne est un adulte ayant besoin de protection, il peut demander au tribunal de rendre une ordonnance déclarant que cette personne est un adulte ayant besoin de protection et, le cas échéant, une ordonnance d'intervention protectrice.

. . .

(3) Si, après l'audition de la demande, le tribunal conclut que la personne visée est un adulte ayant besoin de protection et que, selon le cas :

a) elle est mentalement incapable de décider si elle doit ou non accepter l'aide du ministre;

b) elle refuse l'aide sous l'effet de la contrainte,

the court shall so declare and may, where it appears to the court to be in the best interest of that person,

(c) make an order authorizing the Minister to provide the adult with services, including placement in a facility approved by the Minister, which will enhance the ability of the adult to care and fend adequately for himself or which will protect the adult from abuse or neglect;

. . .

(6) An application to vary, renew or terminate an order made pursuant to subsection (3) may be made by the Minister, the adult in need of protection or an interested person on his behalf, or a person named in a protective intervention order upon notice of at least ten days to the parties affected which notice may not be given in respect of a protective intervention order earlier than three months after the date of the order.

(7) An order made pursuant to subsection (3) may be varied, renewed or terminated by the court where the court is satisfied that it is in the best interests of the adult in need of protection.

. . .

12 In any proceeding taken pursuant to this Act the court or judge shall apply the principle that the welfare of the adult in need of protection is the paramount consideration.

16 The interpretation to be given to s. 9(3)(c) of the Act must be consistent with the Act's purpose as set out in s. 2: to provide adults who cannot protect or care for themselves with access to services which are in their best interests and will enhance their ability either to look after or protect themselves. The governing consideration, found in s. 12, is the welfare of the adult. Responsibility for ensuring the welfare and best interests of the vulnerable adult is legislatively assigned to the Family Court.

17 The legislative scheme recognizes that a review is required of the state's decisions which may, however well intentioned, be incompatible with the best

il rend un jugement en ce sens et, s'il estime dans l'intérêt véritable de la personne de prendre une telle mesure :

c) il peut rendre une ordonnance autorisant le ministre à lui fournir des services, notamment le placement dans un établissement approuvé par le ministre, qui la rendront plus apte à prendre soin d'elle-même et à se débrouiller seule convenablement ou qui lui assureront une protection contre les mauvais traitements ou la négligence;

. . .

(6) Le ministre, l'adulte ayant besoin de protection ou une personne intéressée agissant au nom de celui-ci ou encore une personne désignée dans l'ordonnance d'intervention protectrice peut présenter une requête visant à modifier, renouveler ou révoquer une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (3), en donnant un avis d'au moins dix jours aux parties concernées, étant entendu qu'une ordonnance d'intervention protectrice ne peut faire l'objet d'une telle demande avant l'écoulement de trois mois suivant la date de l'ordonnance.

(7) Le tribunal peut modifier, renouveler ou révoquer l'ordonnance visée au paragraphe (3) s'il est convaincu que cette mesure est dans l'intérêt véritable de l'adulte ayant besoin de protection.

. . .

12 Dans toute instance introduite sous le régime de la présente loi, le tribunal ou le juge statue en fonction du principe que le facteur prépondérant est le bien-être de l'adulte ayant besoin de protection.

Il faut donner à l'al. 9(3)c) de la Loi une interprétation compatible avec l'objet de la Loi énoncé à l'art. 2 : assurer pour les adultes qui ne peuvent se protéger ou prendre soin d'eux-mêmes l'accessibilité des services qui sont dans leur intérêt véritable et qui les rendront plus aptes à prendre soin d'eux-mêmes ou à se protéger. Le facteur déterminant, formulé à l'art. 12, est celui du bien-être de l'adulte. La Loi assigne au Tribunal de la famille la responsabilité de veiller au bien-être et aux intérêts véritables des adultes vulnérables.

Selon le régime législatif établi, il est nécessaire d'assujettir les décisions de l'État à un examen car, si bien intentionnées soient-elles, elles peuvent être

interests of those adults who have lost the right to make decisions for themselves.

After declaring an adult to be in need of protection under either s. 9(3)(a) or (b), the court is given the discretion under s. 9(3)(c) to authorize the Minister to provide services in the adult's best interests, including placement in a government-approved facility, that will enhance his or her ability to care for or protect himself or herself.

This means that the court is not only the gatekeeper to state intervention, it is also, having approved the adult's loss of autonomy, responsible for assessing whether the services to be provided by the state are consistent with the adult's welfare and best interests.

While it is true that the Minister, and not the Family Court, is responsible for developing plans for a vulnerable adult, this does not mean that the Minister can unilaterally dictate the nature of the services or placement. The Act assigns to the court the responsibility to authorize only those services that are in the best interests of the adult because they "will enhance the ability of the adult to care and fend adequately for himself or which will protect the adult from abuse or neglect". It is inherent in that obligation that the court be able to assess whether those proposed services comply with the requirements in s. 9(3)(c). This in turn requires the court to be able to indicate to the Minister what aspect of the plan the court, as the statutorily designated guardian of the adult's welfare, finds acceptable or unacceptable based on whether it meets the statutory test.

To meaningfully fulfil its statutory duty to measure the proposed services against the best interests standard, the court's jurisdiction must of necessity include the ability to amend proposals suggested by the Minister. That in turn means that in putting the Minister's plan on one scale and the adult's welfare on the other, the court must be able to attach reasonable terms and conditions to the Minister's suggestions (see *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. L.K.* (1991), 107 N.S.R. (2d) 377

incompatibles avec l'intérêt véritable des adultes qui ont perdu le droit de décider d'eux-mêmes.

18 L'alinéa 9(3)c) donne au tribunal, lorsque celui-ci a statué qu'un adulte a besoin de protection sous le régime de l'al. 9(3)a) ou b), le pouvoir discrétionnaire d'autoriser le ministre à fournir des services qui soient dans l'intérêt véritable de l'adulte, notamment le placement dans un établissement approuvé par l'État, qui le rendront plus apte à prendre soin de lui-même ou lui assureront une protection.

19 Cela signifie non seulement que le tribunal est le gardien de l'intervention de l'État mais aussi, puisqu'il confirme la perte d'autonomie de l'adulte, qu'il doit évaluer les services à fournir par l'État pour voir s'ils cadrent avec le bien-être de cet adulte et sont dans son intérêt véritable.

20 S'il est vrai que c'est le ministre, et non le Tribunal de la famille, qui est chargé de préparer les plans de soins visant les adultes vulnérables, il ne s'ensuit pas qu'il peut dicter unilatéralement la nature des services ou du placement. La Loi assigne au tribunal la responsabilité d'autoriser uniquement les services qui sont dans l'intérêt véritable de l'adulte parce qu'ils le [TRADUCTION] « rendront plus apte à prendre soin [de lui]-même et à se débrouiller seu[l] convenablement ou [. . .] lui assureront une protection contre les mauvais traitements ou la négligence ». Il va de soi que pour s'acquitter de cette obligation, le tribunal doit pouvoir évaluer si les services proposés respectent les exigences de l'al. 9(3)c). Pour cela, il faut qu'en sa qualité de gardien désigné par la loi pour veiller au bien-être de l'adulte, il puisse indiquer au ministre quel aspect du plan il juge acceptable ou non, en fonction de sa conformité au critère établi par la loi.

21 Pour pouvoir s'acquitter véritablement de son obligation légale de vérifier si les services proposés satisfont au critère de l'intérêt véritable de l'adulte, le tribunal doit forcément avoir compétence pour modifier les propositions du ministre, ce qui suppose nécessairement la capacité, dans le cadre de la mise en balance du plan du ministre et du bien-être de l'adulte, d'assortir les propositions du ministre de conditions raisonnables (voir *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. L.K.* (1991), 107 N.S.R.

(Fam. Ct.), at paras. 62-63, *per* Daley J.F.C.). It makes no sense to give a court the jurisdiction to assess the Minister's plan without including in that authority the ability to refine the government's intervention to ensure legislative compliance.

22 The Minister's argument that the court's ability under s. 9(3)(c) is limited to a mere veto or approval power gives the court no other option, when confronted with a plan inconsistent with the adult's welfare, than to leave the adult with no services until the Minister produces a plan the court is prepared to approve. This deprives the court of its supervisory function.

23 The significance of independent judicial review of state action when a vulnerable adult has been deprived, at the instigation of the state, of the right to function autonomously, cannot be overstated. The court's statutorily assigned supervisory role emerges from the adult's vulnerability. The corollary of a judicial determination that an adult is in need of protection is a corresponding limitation on that adult's autonomous decision making and liberty. It is the function of the court to monitor the scope of that limitation. The legislation must, therefore, be interpreted in a way which acknowledges the intrusiveness of the determination and offers muscular protection from state intervention incompatible with the adult's welfare. Section 9(3)(c) should not be applied in a way that frustrates that responsibility.

24 In assessing the terms and conditions it considers most conducive to the adult's welfare under s. 12 and best interests under s. 9(3)(c), the court is of course obliged to consider the availability of services and the Minister's capacity to provide them. However, having made the decision to take responsibility for the adult, the state is obliged to develop a plan in that adult's best interests.

25 This was a variation application by the Minister. The onus was on the Minister to prove to the court that a change to the original order was in the best interests of the adult. Legere J. found that the onus was met and varied the order to expand the Minister's placement options for Ms. J. In attaching the

(2d) 377 (Trib. fam.), par. 62-63, le juge Daley). Il est illogique de conférer au tribunal le pouvoir d'évaluer le plan du ministre sans inclure dans ce pouvoir la capacité de parfaire l'intervention de l'État afin qu'elle soit conforme à la loi.

L'argument du ministre que le seul pouvoir conféré au tribunal par l'al. 9(3)c) est un pouvoir de refus ou d'approbation ne laisse d'autre option au tribunal, lorsqu'il a devant lui un plan qui ne convient pas au bien-être de l'adulte, que de laisser celui-ci sans services jusqu'à ce que le ministre présente un plan qu'il puisse approuver. Cela prive le tribunal de sa fonction de surveillance.

On n'insistera jamais assez sur l'importance que revêt l'examen judiciaire indépendant de l'activité de l'État lorsque, à l'instigation de celui-ci, un adulte vulnérable se trouve privé du droit de fonctionner de façon autonome. La fonction de surveillance que la Loi a assignée au tribunal découle de la vulnérabilité de l'adulte. La conclusion judiciaire qu'un adulte a besoin de protection a pour corollaire la limitation de sa liberté et de son pouvoir de prendre des décisions de manière autonome. Il incombe au tribunal de surveiller la portée de cette limitation. Il faut donc que la Loi soit interprétée d'une façon qui reconnaisse le caractère contraignant de cette conclusion et offre une protection solide contre les interventions de l'État incompatibles avec le bien-être de l'adulte. L'alinéa 9(3)c) ne doit pas recevoir d'interprétation incompatible avec cette responsabilité.

Dans l'examen des conditions les plus propres à protéger le bien-être de l'adulte, selon l'art. 12, et ses intérêts, selon l'al. 9(3)c), le tribunal doit tenir compte, bien sûr, de la disponibilité des services et de la capacité du ministre de les fournir. Toutefois, une fois qu'il a décidé de prendre un adulte en charge, l'État est tenu de préparer un plan qui soit dans l'intérêt véritable de ce dernier.

Le ministre ayant présenté une demande de modification de l'ordonnance originale, il lui incombait de prouver que le changement demandé était dans l'intérêt véritable de l'adulte. La juge Legere a conclu qu'il s'était acquitté de son obligation et a modifié l'ordonnance pour ajouter aux options de

condition that any placement occur in Halifax, Legere J. did not trespass beyond her jurisdictional borders.

Accordingly, I would allow the appeal. No further relief is sought by the parties.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Dalhousie Legal Aid, Halifax.

Solicitor for the respondent: Nova Scotia Department of Justice, Halifax.

Solicitor for the intervener the Advocacy Centre for the Elderly: Advocacy Centre for the Elderly, Toronto.

Solicitor for the interveners People First of Canada and Canadian Association for Community Living: Legal Resource Centre for Persons with Disabilities, Toronto.

placement visant M^me^ J. Elle n'a pas outrepassé les limites de sa compétence en imposant la condition que tout placement doit être à Halifax.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Les parties n'ont demandé aucun autre redressement. 26

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Dalhousie Legal Aid, Halifax.

Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant Advocacy Centre for the Elderly : Advocacy Centre for the Elderly, Toronto.

Procureur des intervenants Des Personnes d'Abord du Canada et l'Association canadienne pour l'intégration communautaire : Legal Resource Centre for Persons with Disabilities, Toronto.

Government of Saskatchewan *Appellant*

v.

Rothmans, Benson & Hedges Inc. *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Prince Edward Island, Canadian Cancer Society, Canadian Lung Association, Canadian Medical Association, Heart and Stroke Foundation of Canada, and Western Convenience Stores Association *Interveners*

Gouvernement de la Saskatchewan *Appelant*

c.

Rothmans, Benson & Hedges Inc. *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Société canadienne du cancer, Association pulmonaire du Canada, Association médicale canadienne, Fondation des maladies du cœur du Canada et Western Convenience Stores Association *Intervenants*

INDEXED AS: ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. *v.* SASKATCHEWAN

Neutral citation: 2005 SCC 13.

File No.: 29973.

Hearing and judgment: January 19, 2005.

Reasons delivered: March 18, 2005.

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

RÉPERTORIÉ : ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. *c.* SASKATCHEWAN

Référence neutre : 2005 CSC 13.

N° du greffe : 29973.

Audition et jugement : 19 janvier 2005.

Motifs déposés : 18 mars 2005.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Constitutional law — Federal paramountcy — Retail display of tobacco products — Federal tobacco legislation allowing retailers to display tobacco and tobacco-related products, and signs indicating availability and price of tobacco products — Provincial tobacco control legislation banning all advertising, display and promotion of tobacco or tobacco-related products in any premises in which persons under 18 years of age are permitted — Whether provincial legislation inoperative pursuant to doctrine of federal legislative paramountcy — Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13, s. 30 — The Tobacco Control Act, S.S. 2001, c. T-14.1, s. 6.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Prépondérance des lois fédérales — Exposition de produits du tabac dans les établissements de vente au détail — Loi fédérale sur le tabac autorisant les détaillants à exposer du tabac et des produits connexes et à afficher la vente de produits du tabac et le prix de ces produits — Loi provinciale sur le tabac interdisant la publicité, l'exposition et la promotion de tabac ou de produits connexes dans les lieux auxquels ont accès les moins de 18 ans — La loi provinciale est-elle inopérante par l'effet de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales? — Loi sur le tabac, L.C. 1997, ch. 13, art. 30 — The Tobacco Control Act, S.S. 2001, ch. T-14.1, art. 6.

The respondent company sought a declaration that s. 6 of the Saskatchewan *Tobacco Control Act* is, by virtue of the paramountcy doctrine, inoperative in light of s. 30 of the federal *Tobacco Act*. Section 30 allows retailers to display tobacco and tobacco product-related brand elements and post signs indicating the availability and price of tobacco products, while s. 6 bans all advertising, display and promotion of tobacco or tobacco-related products in any premises in which persons under 18 years of age are permitted. The Court of Queen's Bench dismissed the company's application. The Court of Appeal set aside that decision and declared s. 6 inoperative on the basis of a practical inconsistency between the two provisions.

Held: The appeal should be allowed. The provincial legislation is not inoperative by virtue of the paramountcy doctrine.

There is no inconsistency between s. 6 of *The Tobacco Control Act* and s. 30 of the *Tobacco Act*. First, a retailer can easily comply with both provisions in one of two ways: by admitting no one under 18 years of age on to the premises, or by not displaying tobacco or tobacco-related products. The provincial legislation simply prohibits what Parliament has opted not to prohibit in its own legislation and regulations. Second, s. 6 does not frustrate the legislative purpose underlying s. 30. Both the general purpose of the *Tobacco Act* (to address a national public health problem) and the specific purpose of s. 30 (to circumscribe the *Tobacco Act*'s general prohibition on promotion of tobacco products set out in s. 19) remain fulfilled. In demarcating through s. 30 the scope of the federal legislation's general prohibition on the promotion of tobacco products, Parliament did not grant retailers a positive entitlement to display such products. [18] [22-27]

Cases Cited

Applied: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; **referred to:** *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business,*

La société intimée a sollicité un jugement déclarant que, par l'effet de la doctrine de la prépondérance, l'art. 6 de la *Tobacco Control Act* de la Saskatchewan est inopérant compte tenu de l'art. 30 de la *Loi sur le tabac* du législateur fédéral. L'article 30 autorise les détaillants à exposer des produits du tabac et des accessoires portant un élément de marque d'un produit du tabac et à afficher qu'ils vendent des produits du tabac et le prix de ces produits, alors que l'art. 6 interdit la publicité, l'exposition et la promotion de tabac ou de produits connexes dans les lieux auxquels ont accès les moins de 18 ans. La Cour du Banc de la Reine a rejeté la demande de la société. La Cour d'appel a annulé cette décision et déclaré inopérant l'art. 6 pour cause d'incompatibilité pratique entre les deux dispositions.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. La loi provinciale n'est pas inopérante par l'effet de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales.

Il n'existe pas d'incompatibilité entre l'art. 6 de la loi provinciale et l'art. 30 de la loi fédérale. Premièrement, les détaillants peuvent facilement respecter ces deux dispositions en prenant l'une ou l'autre des mesures suivantes : en n'admettant pas les moins de 18 ans dans leurs établissements ou en n'exposant pas de tabac ou de produits connexes. La loi provinciale interdit simplement ce que le Parlement a décidé de ne pas interdire dans ses propres loi et règlements. Deuxièmement, l'art. 6 n'entrave pas la réalisation de l'objet de l'art. 30. Tant l'objet général de la loi fédérale (s'attaquer à un problème de santé publique d'envergure nationale) que l'objet précis de l'art. 30 (circonscrire l'interdiction générale concernant la promotion des produits du tabac établie à l'art. 19) sont réalisés. En délimitant, au moyen de l'art. 30, la portée de l'interdiction générale établie par la loi fédérale à l'égard de la promotion des produits du tabac, le Parlement n'a pas accordé aux détaillants un droit positif d'exposer de tels produits. [18] [22-27]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; **arrêts mentionnés :** *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5; *Bande Kitkatla*

Tourism and Culture), [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(*b*).
Constitution Act, 1867, s. 91.
Queen's Bench Rules (Saskatchewan), Rule 188.
Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13, ss. 4, 18, 19, 22(2), 26(1), 28(1), 30.
Tobacco Control Act, S.S. 2001, c. T-14.1, ss. 6, 7.
Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Tallis, Cameron and Sherstobitoff JJ.A.) (2003), 232 D.L.R. (4th) 495, 238 Sask. R. 250, 305 W.A.C. 250, [2004] 3 W.W.R. 589, [2003] S.J. No. 606 (QL), 2003 SKCA 93, reversing a decision of Barclay J. (2002), 224 Sask. R. 208, [2002] 10 W.W.R. 733, [2002] S.J. No. 541 (QL), 2002 SKQB 382. Appeal allowed.

Thomson Irvine and *Richard Hischebett*, for the appellant.

Steven Sofer, Neil G. Gabrielson, Q.C., Michelle Ouellette and *Marshall Reinhart*, for the respondent.

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

Robin K. Basu, Mark Crow and *Edward Burrow*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Brigitte Bussières and *Hugo Jean*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Edward A. Gores, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Cynthia Devine, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

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

c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture), [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2*b*).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91.
Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988, ch. 20.
Loi sur le tabac, L.C. 1997, ch. 13, art. 4, 18, 19, 22(2), 26(1), 28(1), 30.
Règles de la Cour du Banc de la Reine (Saskatchewan), règle 188.
Tobacco Control Act, S.S. 2001, ch. T-14.1, art. 6, 7.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Tallis, Cameron et Sherstobitoff) (2003), 232 D.L.R. (4th) 495, 238 Sask. R. 250, 305 W.A.C. 250, [2004] 3 W.W.R. 589, [2003] S.J. No. 606 (QL), 2003 SKCA 93, qui a infirmé un jugement du juge Barclay (2002), 224 Sask. R. 208, [2002] 10 W.W.R. 733, [2002] S.J. No. 541 (QL), 2002 SKQB 382. Pourvoi accueilli.

Thomson Irvine et *Richard Hischebett*, pour l'appelant.

Steven Sofer, Neil G. Gabrielson, c.r., Michelle Ouellette et *Marshall Reinhart*, pour l'intimée.

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

Robin K. Basu, Mark Crow et *Edward Burrow*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Brigitte Bussières et *Hugo Jean*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Edward A. Gores, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Cynthia Devine, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

Written submissions only by *Ruth M. DeMone*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

Written submissions only by *Julie Desrosiers* and *Robert Cunningham*, for the interveners the Canadian Cancer Society, the Canadian Lung Association, the Canadian Medical Association and the Heart and Stroke Foundation of Canada.

Written submissions only by *Ron A. Skolrood* and *Clifford G. Proudfoot*, for the intervener the Western Convenience Stores Association.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — The question on this appeal is whether Saskatchewan legislation, and in particular s. 6 of *The Tobacco Control Act*, S.S. 2001, c. T-14.1, is sufficiently inconsistent with s. 30 of the federal *Tobacco Act*, S.C. 1997, c. 13, so as to be rendered inoperative pursuant to the doctrine of federal legislative paramountcy. At the end of the hearing, the Court concluded that that question should be answered in the negative and allowed the appeal, with reasons to follow.

I. Facts

In 1997, Parliament enacted the *Tobacco Act*. Section 4 of the statute speaks to its purpose as follows:

4. The purpose of this Act is to provide a legislative response to a national public health problem of substantial and pressing concern and, in particular,

(*a*) to protect the health of Canadians in light of conclusive evidence implicating tobacco use in the incidence of numerous debilitating and fatal diseases;

(*b*) to protect young persons and others from inducements to use tobacco products and the consequent dependence on them;

(*c*) to protect the health of young persons by restricting access to tobacco products; and

Argumentation écrite seulement par *Ruth M. DeMone*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Argumentation écrite seulement par *Julie Desrosiers* et *Robert Cunningham*, pour les intervenantes la Société canadienne du cancer, l'Association pulmonaire du Canada, l'Association médicale canadienne et la Fondation des maladies du cœur du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Ron A. Skolrood* et *Clifford G. Proudfoot*, pour l'intervenante Western Convenience Stores Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi porte sur la question de déterminer si une mesure législative de la Saskatchewan, en particulier l'art. 6 de la *Tobacco Control Act*, S.S. 2001, ch. T-14.1 (la « Loi provinciale »), doit être considérée incompatible avec l'art. 30 d'une loi fédérale, la *Loi sur le tabac*, L.C. 1997, ch. 13, au point d'être jugée inopérante selon la doctrine de la prépondérance des lois fédérales. Au terme de l'audience, la Cour a conclu par la négative et a accueilli le pourvoi avec motifs à suivre. 1

I. Faits

En 1997, le Parlement a adopté la *Loi sur le tabac*, dont l'art. 4 énonce ainsi l'objet : 2

4. La présente loi a pour objet de s'attaquer, sur le plan législatif, à un problème qui, dans le domaine de la santé publique, est grave et d'envergure nationale et, plus particulièrement :

a) de protéger la santé des Canadiennes et des Canadiens compte tenu des preuves établissant, de façon indiscutable, un lien entre l'usage du tabac et de nombreuses maladies débilitantes ou mortelles;

b) de préserver notamment les jeunes des incitations à l'usage du tabac et du tabagisme qui peut en résulter;

c) de protéger la santé des jeunes par la limitation de l'accès au tabac;

(*d*) to enhance public awareness of the health hazards of using tobacco products.

3 Section 19 of the *Tobacco Act* prohibits the promotion of tobacco products and tobacco product-related brand elements, except as authorized elsewhere in the *Tobacco Act* or its regulations. Section 18 of the *Tobacco Act* defines "promotion" as:

. . . a representation about a product or service by any means, whether directly or indirectly, including any communication of information about a product or service and its price and distribution, that is likely to influence and shape attitudes, beliefs and behaviours about the product or service.

4 The provisions that follow s. 19 both prohibit specific types of tobacco product promotion, and permit other types of promotion that s. 19 would otherwise prohibit. Among those provisions, s. 30(1) provides that, "[s]ubject to the regulations, any person may display, at retail, a tobacco product or an accessory that displays a tobacco product-related brand element." Section 30(2) further provides that retailers may post signs indicating the availability and price of tobacco products.

5 On March 11, 2002, *The Tobacco Control Act* came into force in Saskatchewan. Section 6 of that Act bans all advertising, display and promotion of tobacco or tobacco-related products in any premises in which persons under 18 years of age are permitted.

6 The respondent sued the appellant in the Saskatchewan Court of Queen's Bench, seeking two forms of relief: a declaration that s. 6 of *The Tobacco Control Act* is inoperative in light of s. 30 of the *Tobacco Act*, and a declaration that ss. 6 and 7 of *The Tobacco Control Act* are of no force and effect in light of s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The respondent applied pursuant to Rule 188 of *The Queen's Bench Rules* of Saskatchewan for a summary determination by the court as to whether s. 6 of *The Tobacco Control Act* is inoperative in light of s. 30 of the *Tobacco Act*

d) de mieux sensibiliser la population aux dangers que l'usage du tabac présente pour la santé.

L'article 19 de la *Loi sur le tabac* interdit la promotion d'un produit du tabac ou d'un élément de marque d'un produit du tabac, sauf dans la mesure autorisée par une autre disposition de cette loi ou ses règlements. L'article 18 définit la « promotion » comme :

. . . la présentation, par tout moyen, d'un produit ou d'un service — y compris la communication de renseignements sur son prix ou sa distribution —, directement ou indirectement, susceptible d'influencer et de créer des attitudes, croyances ou comportements au sujet de ce produit ou service.

Les dispositions qui suivent l'art. 19, d'une part, interdisent certaines formes de promotion de produits du tabac et, d'autre part, autorisent d'autres types de promotion, qu'interdirait autrement l'art. 19. Parmi ces dispositions, le par. 30(1) prévoit que, « [s]ous réserve des règlements, il est possible, dans un établissement de vente au détail, d'exposer des produits du tabac et des accessoires portant un élément de marque d'un produit du tabac. » Le paragraphe 30(2) ajoute qu'un détaillant peut signaler que des produits du tabac sont en vente dans son établissement et indiquer leurs prix.

Le 11 mars 2002, la Loi provinciale est entrée en vigueur. L'article 6 de cette loi interdit la publicité, l'exposition et la promotion de tabac ou de produits connexes dans les lieux auxquels ont accès les moins de 18 ans.

L'intimée a poursuivi l'appelant devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan pour obtenir deux formes de redressement : un jugement déclarant que l'art. 6 de la Loi provinciale est inopérant compte tenu de l'art. 30 de la *Loi sur le tabac* et que les art. 6 et 7 de la Loi provinciale sont inopérants selon l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'intimée a présenté, en vertu de la règle 188 des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* de la Saskatchewan, une demande de jugement sommaire sur la question de l'inopérabilité de l'art. 6 de la Loi provinciale en raison de la doctrine de la

by virtue of the doctrine of federal legislative paramountcy.

II. Judicial History

A. *Saskatchewan Court of Queen's Bench* (2002), 224 Sask. R. 208, 2002 SKQB 382

Barclay J. held that there was no conflict between s. 6 of *The Tobacco Control Act* and s. 30 of the *Tobacco Act*. While s. 6 of *The Tobacco Control Act* prescribed a stricter standard concerning the promotion of tobacco products than did s. 30 of the *Tobacco Act*, there was no operational conflict. A retailer could comply simultaneously with the restrictions imposed by both governments.

In the result, Barclay J. dismissed the respondent's application with costs.

B. *Saskatchewan Court of Appeal* (2003), 238 Sask. R. 250, 2003 SKCA 93

Cameron J.A. (Tallis and Sherstobitoff JJ.A. concurring) agreed with the chambers judge that it was possible to comply with s. 6 of *The Tobacco Control Act* without defying s. 30 of the *Tobacco Act*. However, he observed a practical inconsistency between the two provisions, in that the authorization afforded by s. 30 of the *Tobacco Act* was negated by s. 6 of *The Tobacco Control Act*.

On that basis, the court allowed the appeal, and declared s. 6 of *The Tobacco Control Act* inoperative as inconsistent with s. 30 of the *Tobacco Act*.

III. Analysis

The doctrine of federal legislative paramountcy dictates that where there is an inconsistency between validly enacted but overlapping provincial and federal legislation, the provincial legislation is inoperative to the extent of the inconsistency. *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, is often cited for the proposition that there is an inconsistency for the purposes of the doctrine if it is impossible to comply simultaneously with both

prépondérance des lois fédérales, compte tenu de l'art. 30 de la *Loi sur le tabac*.

II. Historique judiciaire

A. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan* (2002), 224 Sask. R. 208, 2002 SKQB 382

7 Le juge Barclay statue qu'il n'existe pas de conflit entre l'art. 6 de la Loi provinciale et l'art. 30 de la *Loi sur le tabac*. L'article 6 de la Loi provinciale impose des restrictions plus rigoureuses en matière de promotion des produits du tabac que l'art. 30 de la *Loi sur le tabac*, mais il n'existe pas de conflit d'application. Un détaillant peut se conformer simultanément aux restrictions imposées par les deux gouvernements.

8 En conséquence, le juge Barclay rejette la demande de l'intimée avec dépens.

B. *Cour d'appel de la Saskatchewan* (2003), 238 Sask. R. 250, 2003 SKCA 93

9 Le juge Cameron (aux motifs duquel souscrivent les juges Tallis et Sherstobitoff), comme le juge siégeant en son cabinet, reconnaît qu'il est possible de respecter l'art. 6 de la Loi provinciale sans qu'il y ait violation de l'art. 30 de la *Loi sur le tabac*. Il constate toutefois une incompatibilité pratique entre les deux dispositions : ce qui est autorisé à l'art. 30 de la *Loi sur le tabac* est interdit à l'art. 6 de la Loi provinciale.

10 Pour ce motif, la cour a accueilli l'appel et a déclaré inopérant l'art. 6 de la Loi provinciale pour cause d'incompatibilité avec l'art. 30 de la *Loi sur le tabac*.

III. Analyse

11 Selon la doctrine de la prépondérance des lois fédérales, en cas de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale qui sont validement adoptées, mais qui se chevauchent, la loi provinciale devient inopérante dans la mesure de l'incompatibilité. L'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, est souvent cité à l'appui de la théorie que l'incompatibilité apparaît selon cette doctrine en cas d'impossibilité de respecter simultanément

provincial and federal enactments. Dickson J. (as he then was) wrote, at p. 191:

> In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"; "the same citizens are being told to do inconsistent things"; compliance with one is defiance of the other.

See also *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59, at p. 65; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961, at paras. 17 and 41-42; and *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40, at para. 35.

12 However, subsequent cases indicate that impossibility of dual compliance is not the sole mark of inconsistency. Provincial legislation that displaces or frustrates Parliament's legislative purpose is also inconsistent for the purposes of the doctrine. In *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, at p. 155, La Forest J. wrote:

> A showing that conflict can be avoided if a provincial Act is followed to the exclusion of a federal Act can hardly be determinative of the question whether the provincial and federal acts are in conflict, and, hence, repugnant. That conclusion, in my view, would simply beg the question. The focus of the inquiry, rather, must be on the broader question whether operation of the provincial Act is compatible with the federal legislative purpose.

See also *Spraytech*, at para. 35, and *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67, at paras. 69-70.

13 This concern about frustration of Parliament's legislative purpose may find its roots in *McCutcheon*, in which Dickson J. stated, at p. 190:

> . . . [T]here is no true repugnancy in the case of merely duplicative provisions since it does not matter which statute is applied; the legislative purpose of Parliament will be fulfilled regardless of which statute is invoked by a

les textes législatifs provincial et fédéral. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) écrit, à la p. 191 :

> En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit « oui » et que l'autre dit « non »; « on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles »; l'observa[tion] de l'une entraîne l'inobserva[tion] de l'autre.

Voir également *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, p. 65; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, par. 17 et 41-42; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, par. 35.

Cependant, des décisions subséquentes indiquent que l'impossibilité de se conformer aux deux textes ne représente pas le seul signe d'incompatibilité. L'incompatibilité survient également selon la doctrine de la prépondérance des lois fédérales lorsque la loi provinciale supplante la loi fédérale ou entrave la réalisation de son objet. En effet, dans *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, p. 155, le juge La Forest fait observer :

> La démonstration que le conflit peut être évité si la loi provinciale est respectée à l'exclusion de la loi fédérale peut difficilement constituer une réponse à la question de savoir si les lois provinciale et fédérale entrent en conflit et sont, par conséquent, incompatibles. À mon avis, cette conclusion reviendrait simplement à supposer vrai ce qui est en question. L'examen doit plutôt porter sur la question plus large de savoir si l'application de la loi provinciale est compatible avec l'objet de la loi fédérale.

Voir aussi *Spraytech*, par. 35, et *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, par. 69-70.

Cette préoccupation à l'égard du risque que la réalisation du but visé par le Parlement soit entravée trouve peut-être son origine dans *McCutcheon*, où le juge Dickson affirme, à la p. 190 :

> . . . Il n'y a pas vraiment incompatibilité dans le cas de dispositions qui se répètent simplement, puisqu'il n'importe pas de savoir quelle loi est appliquée; le but visé par le Parlement sera atteint, peu importe la loi sur laquelle

remedy-seeker; application of the provincial law does not displace the legislative purpose of Parliament. [Emphasis added.]

In my view, the overarching principle to be derived from *McCutcheon* and later cases is that a provincial enactment must not frustrate the purpose of a federal enactment, whether by making it impossible to comply with the latter or by some other means. In this way, impossibility of dual compliance is sufficient but not the only test for inconsistency.

It follows that in determining whether s. 6 of *The Tobacco Control Act* is sufficiently inconsistent with s. 30 of the *Tobacco Act* so as to be rendered inoperative through the paramountcy doctrine, two questions arise. First, can a person simultaneously comply with s. 6 of *The Tobacco Control Act* and s. 30 of the *Tobacco Act*? Second, does s. 6 of *The Tobacco Control Act* frustrate Parliament's purpose in enacting s. 30 of the *Tobacco Act*?

Before answering those questions, it is necessary to examine the character of s. 30 of the *Tobacco Act*.

Read in the context of the *Tobacco Act* as a whole, it is clear that the purpose and effect of s. 30 is to define with greater precision the prohibition on the promotion of tobacco products contained in s. 19. Specifically, it serves to exclude from the wide net of s. 19 promotion by way of retail display. In this way, it is like ss. 22(2), 26(1) and 28(1) of the *Tobacco Act*, which also exclude from the s. 19 prohibition certain types of tobacco product promotion that it might otherwise capture. This demarcation of the s. 19 prohibition represents a measured approach to protecting "young persons and others from inducements to use tobacco products", one of the purposes of the *Tobacco Act* set out in s. 4.

However, in demarcating the scope of the s. 19 prohibition through s. 30, Parliament did not grant, and could not have granted, retailers a positive

se fonde le recours; l'application de la loi provinciale n'a pas pour effet d'écarter l'intention du Parlement. [Je souligne.]

14 À mon avis, le principe dominant à tirer de *McCutcheon* et des décisions subséquentes signifie qu'une loi provinciale ne doit pas entraver la réalisation de l'objet d'une loi fédérale, soit en rendant impossible le respect de celle-ci, soit par tout autre moyen. En ce sens, l'impossibilité de se conformer aux deux textes suffit pour établir l'incompatibilité, mais ce n'est pas le seul critère.

15 Ainsi, pour décider si l'art. 6 de la Loi provinciale est incompatible avec l'art. 30 de la *Loi sur le tabac* au point d'être inopérant selon la doctrine de la prépondérance, on doit se poser deux questions. Premièrement, une personne peut-elle se conformer simultanément à l'art. 6 de la Loi provinciale et à l'art. 30 de la *Loi sur le tabac*? Deuxièmement, l'art. 6 de la Loi provinciale entrave-t-il la réalisation du but que visait le Parlement en adoptant l'art. 30 de la *Loi sur le tabac*?

16 Avant de répondre à ces questions, il faut examiner la nature de l'art. 30 de la *Loi sur le tabac*.

17 Interprété dans le contexte de l'ensemble de la *Loi sur le tabac*, l'art. 30 a clairement pour objet de définir avec plus de précision l'interdiction de faire la promotion des produits du tabac prévue à l'art. 19. Plus précisément, il sert à exclure de la large portée de l'art. 19 la promotion consistant en l'exposition de produits dans des établissements de vente au détail. Ainsi, l'art. 30 se situe dans la même lignée que les par. 22(2), 26(1) et 28(1) de la *Loi sur le tabac*, qui excluent aussi de l'interdiction de l'art. 19 certaines formes de promotion de produits du tabac qui pourraient autrement être visées. Cette délimitation de l'interdiction de l'art. 19 représente une approche mesurée visant à préserver « notamment les jeunes des incitations à l'usage du tabac », soit un des objectifs de la *Loi sur le tabac* énoncés à l'art. 4.

18 Cependant, en délimitant la portée de l'interdiction de l'art. 19 par le biais de l'art. 30, le Parlement n'accordait pas et ne pouvait pas accorder aux

entitlement to display tobacco products. That is so for two reasons.

19 First, like the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20, before it, the *Tobacco Act* is directed at a public health evil and contains prohibitions accompanied by penal sanctions. Accordingly, and as the Saskatchewan courts correctly concluded in light of this Court's decision in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, it falls within the scope of Parliament's criminal law power contained in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. It might be noted that no argument was made regarding the possibility that the legislation was adopted under the "peace, order, and good government" clause of s. 91, nor could any have been made, given the concessions on the basis of which this chambers motion proceeded. As the criminal law power is essentially prohibitory in character, provisions enacted pursuant to it, such as s. 30 of the *Tobacco Act*, do not ordinarily create freestanding rights that limit the ability of the provinces to legislate in the area more strictly than Parliament. This limited reach of s. 91(27) is well understood: see, for example, *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5; and *Spraytech*.

20 Second, it is difficult to imagine how granting retailers a freestanding right to display tobacco products would assist Parliament in providing "a legislative response to a national public health problem of substantial and pressing concern" (*Tobacco Act*, s. 4). To put it slightly differently, an interpretation of s. 30 as granting retailers an entitlement to display tobacco products is unsupported by, and perhaps even contrary to, the stated purposes of the *Tobacco Act*.

21 I do not accept the respondent's argument that Parliament, in enacting s. 30, intended to make the retail display of tobacco products subject only

détaillants un droit positif d'exposer des produits du tabac, et ce, pour deux raisons.

Premièrement, tout comme la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20, qui l'a précédée, la *Loi sur le tabac* s'attaque à un mal en matière de santé publique et comporte des interdictions assorties de sanctions pénales. Dès lors, comme l'ont à bon droit conclu les tribunaux de la Saskatchewan à la suite de l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, elle relève du pouvoir du Parlement en matière de droit criminel prévu au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il convient de préciser qu'aucun argument n'a été soulevé au sujet de la possibilité que la loi ait été adoptée en vertu de la disposition concernant « la paix, l'ordre et le bon gouvernement » de l'art. 91. Cet argument n'aurait pu non plus être plaidé en raison des admissions sur la base desquelles la procédure judiciaire s'est engagée devant le juge siégeant en son cabinet. En raison de la nature essentiellement prohibitive du pouvoir en droit criminel, les dispositions adoptées en vertu de ce pouvoir, comme l'art. 30 de la *Loi sur le tabac*, ne permettent généralement pas de créer des droits autonomes qui limitent la capacité des provinces de légiférer plus rigoureusement dans le domaine que le Parlement. Cette portée limitée du par. 91(27) est bien établie : voir, par exemple, *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5; *Spraytech*.

Deuxièmement, il est difficile d'imaginer comment l'octroi aux détaillants d'un droit autonome d'exposer des produits du tabac pourrait aider le Parlement à « s'attaquer, sur le plan législatif, à un problème qui, dans le domaine de la santé publique, est grave et d'envergure nationale » (*Loi sur le tabac*, art. 4). En d'autres termes, une interprétation de l'art. 30 qui accorderait aux détaillants le droit d'exposer des produits du tabac n'est pas justifiée eu égard aux objectifs déclarés de la *Loi sur le tabac* et contredit peut-être même ceux-ci.

Je n'accepte pas l'argument de l'intimée selon lequel le Parlement voulait, en adoptant l'art. 30, que l'exposition des produits du tabac dans un

to its own regulations. In my view, to impute to Parliament such an intention to "occup[y] the field" in the absence of very clear statutory language to that effect would be to stray from the path of judicial restraint in questions of paramountcy that this Court has taken since at least *O'Grady* (p. 820).

A. *Impossibility of Dual Compliance*

It is plain that dual compliance is possible in this case. A retailer can easily comply with both s. 30 of the *Tobacco Act* and s. 6 of *The Tobacco Control Act* in one of two ways: by admitting no one under 18 years of age on to the premises or by not displaying tobacco or tobacco-related products.

Similarly, a judge called upon to apply one of the statutes does not face any difficulty in doing so occasioned by the existence of the other. The judge, like this Court, can proceed on the understanding that *The Tobacco Control Act* simply prohibits what Parliament has opted not to prohibit in its own legislation and regulations.

For an impossibility of dual compliance to exist, s. 30 of the *Tobacco Act* would have to require retailers to do what s. 6 of *The Tobacco Control Act* prohibits — i.e., to display tobacco or tobacco-related products to young persons.

B. *Frustration of Legislative Purpose*

Section 6 of *The Tobacco Control Act* does not frustrate the legislative purpose underlying s. 30 of the *Tobacco Act*. Both the general purpose of the *Tobacco Act* (to address a national public health problem) and the specific purpose of s. 30 (to circumscribe the *Tobacco Act*'s general prohibition on promotion of tobacco products set out in s. 19) remain fulfilled. Indeed, s. 6 of *The Tobacco Control Act* appears to further at least two of the stated purposes of the *Tobacco Act*, namely, "to protect young persons and others from inducements to use tobacco products" (s. 4(*b*)) and "to protect the health of young persons by restricting access to tobacco products" (s. 4(*c*)).

établissement de vente au détail ne soit assujettie qu'à sa propre réglementation. À mon avis, on ne peut prêter au Parlement l'intention de vouloir [TRADUCTION] « occuper tout le champ », en l'absence d'un texte de loi clair à cet effet, sans s'écarter de l'attitude de retenue judiciaire pour les questions de prépondérance des lois fédérales que respecte la Cour depuis au moins l'arrêt *O'Grady* (p. 820).

A. *Impossibilité de se conformer aux deux textes*

22 Il est clair qu'il est possible en l'espèce de se conformer aux deux textes. Les détaillants peuvent facilement respecter à la fois l'art. 30 de la *Loi sur le tabac* et l'art. 6 de la Loi provinciale de l'une des façons suivantes : en n'admettant pas les moins de 18 ans dans leurs établissements ou en n'exposant pas de tabac ou de produits connexes.

23 De même, le juge appelé à appliquer l'une des lois n'a aucune difficulté à le faire malgré l'existence de l'autre loi. Comme la Cour, le juge peut se fonder sur la prémisse que la Loi provinciale interdit simplement ce que le Parlement a décidé de ne pas interdire dans ses propres loi et règlements.

24 Pour qu'il soit impossible de respecter les deux dispositions, il faudrait que l'art. 30 de la *Loi sur le tabac* exige que les détaillants fassent ce qu'interdit l'art. 6 de la Loi provinciale : exposer du tabac ou des produits connexes devant des jeunes.

B. *Entrave à la réalisation de l'objet de la loi*

25 L'article 6 de la Loi provinciale n'entrave pas la réalisation de l'objet de l'art. 30 de la *Loi sur le tabac*. Tant l'objet général de la *Loi sur le tabac* (s'attaquer à un problème de santé publique d'envergure nationale) que l'objet précis de l'art. 30 (circonscrire l'interdiction générale concernant la promotion des produits du tabac établie à l'art. 19 de la *Loi sur le tabac*) sont réalisés. En fait, l'art. 6 de la Loi provinciale paraît favoriser au moins deux des objectifs déclarés de la *Loi sur le tabac*, à savoir « préserver notamment les jeunes des incitations à l'usage du tabac » (al. 4*b*)) et « protéger la santé des jeunes par la limitation de l'accès au tabac » (al. 4*c*)).

26 The conclusion that s. 6 of *The Tobacco Control Act* does not frustrate the purpose of s. 30 of the *Tobacco Act* is consistent with the position of the Attorney General of Canada, who intervened in this appeal to submit that the *Tobacco Act* and *The Tobacco Control Act* were enacted for the same health-related purposes and that there is no inconsistency between the two provisions at issue. While the submissions of the federal government are obviously not determinative of the legal question of inconsistency, there is precedent from this Court for bearing in mind the other level of government's position in resolving federalism issues: see *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at paras. 72-73.

IV. Conclusion

27 There is no inconsistency between s. 6 of *The Tobacco Control Act* and s. 30 of the *Tobacco Act* that would render the former inoperative pursuant to the doctrine of federal legislative paramountcy. The appeal is allowed with costs to the appellant throughout.

28 The constitutional question is answered as follows:

Is s. 6 of *The Tobacco Control Act*, S.S. 2001, c. T-14.1, constitutionally inoperative under the doctrine of federal legislative paramountcy, having regard to s. 30 of the *Tobacco Act*, S.C. 1997, c. 13?

No.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the respondent: McKercher McKercher & Whitmore, Saskatoon.

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

La conclusion que l'art. 6 de la Loi provinciale n'entrave pas la réalisation de l'objet de l'art. 30 de la *Loi sur le tabac* ne contredit pas la position du procureur général du Canada. En effet, celui-ci est intervenu en l'espèce pour plaider que la *Loi sur le tabac* et la Loi provinciale visent les mêmes objectifs en matière de santé et qu'il n'existe pas d'incompatibilité entre les deux dispositions en cause. Bien que les observations du gouvernement fédéral ne règlent évidemment pas la question juridique de l'incompatibilité, il existe un précédent de la Cour selon lequel il convient de garder à l'esprit la position de l'autre ordre de gouvernement, pour examiner les questions de fédéralisme : voir *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 72-73.

IV. Conclusion

Il n'existe pas d'incompatibilité entre l'art. 30 de la *Loi sur le tabac* et l'art. 6 de la Loi provinciale qui soit susceptible de rendre ce dernier inopérant selon la doctrine de la prépondérance des lois fédérales. L'appel est accueilli et l'appelant a droit aux dépens dans toutes les cours.

La question constitutionnelle reçoit la réponse suivante :

L'article 6 de la loi intitulée *The Tobacco Control Act*, S.S. 2001, ch. T-14.1, est-il constitutionnellement inopérant par application de la doctrine de la prépondérance législative fédérale, vu l'existence de l'art. 30 de la *Loi sur le tabac*, L.C. 1997, ch. 13?

Non.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intimée : McKercher McKercher & Whitmore, Saskatoon.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.

Solicitors for the interveners the Canadian Cancer Society, the Canadian Lung Association, the Canadian Medical Association and the Heart and Stroke Foundation of Canada: Martineau Walker, Montreal.

Solicitors for the intervener the Western Convenience Stores Association: Lawson Lundell, Vancouver.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard : Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.

Procureurs des intervenantes la Société canadienne du cancer, l'Association pulmonaire du Canada, l'Association médicale canadienne et la Fondation des maladies du cœur du Canada : Martineau Walker, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Western Convenience Stores Association : Lawson Lundell, Vancouver.

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
http://publication.gc.ca

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
http://publication.gc.ca

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 2005 Vol. 1

2e cahier, 2005 Vol. 1

Cited as [2005] 1 S.C.R. 201-399

Renvoi [2005] 1 R.C.S. 201-399

LIBRARY - SUPREME COURT OF CANADA
BIBLIOTHÈQUE - COUR SUPRÊME DU CANADA

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	JACQUELINE STENCEL
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
CHANTAL DEMERS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	LOUISE SAVARD	WITOLD TYMOWSKI
LEE ANN GORMAN	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON
KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH	

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH	JACQUES GAGNÉ	CLAIRE VALLÉE
RICHARD BERBERI	ROSALIE TO-THANH-HIEN	

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY
PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL	

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2005.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2005.

CONTENTS

Fédération des producteurs de volailles du Québec *v.* Pelland 292

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Federal-provincial chicken marketing scheme — Constitutionality of provincial component of scheme — Whether provincial scheme applicable to production of chicken intended for interprovincial market — An Act respecting the marketing of agricultural, food and fish products, R.S.Q., c. M-35.1 — Règlement sur la production et la mise en marché du poulet, R.R.Q., c. M-35.1, r. 13.2 — Plan conjoint des producteurs de volailles du Québec, R.R.Q., c. M-35, r. 126.

Constitutional law — Delegation of regulatory powers — Referential incorporation of provincial legislation by federal regulatory body — Federal-provincial chicken marketing scheme — Federal body, through Grant of Authority by Governor in Council, delegating its regulatory power over interprovincial and export trade to provincial marketing board and referentially incorporating provincial legislation — Whether administrative delegation and referential incorporation constitutional — Whether only Parliament can referentially incorporate provincial legislation.

Gladstone *v.* Canada (Attorney General) 325

Fisheries — Return of things not forfeited — Payment of interest — Return of proceeds from sale of fish seized pursuant to Fisheries Act after proceedings stayed — Proceeds returned without interest — Whether Crown owed interest on proceeds held pending outcome of litigation — Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14, s. 73.1.

Gosselin (Tutor of) *v.* Quebec (Attorney General) 238

Civil rights — Equality rights — Language of instruction — Members of French language majority in Quebec not entitled to instruction in English except under certain circumstances — Whether legislation on English instruction in Quebec violating equality rights — Whether equality requires that all children in Quebec be given access to publicly funded English language education — Whether right to equality opposable to s. 23 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11, s. 73 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 12.

Schools — Language of instruction — Instruction in English in Quebec — Members of French language majority in Quebec not entitled to instruction in English except under certain circumstances — Whether legislation on English instruction in Quebec violating equality rights — Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11, s. 73 — Charter of

Continued on next page

SOMMAIRE

Fédération des producteurs de volailles du Québec *c.* Pelland 292

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Régime fédéral-provincial de commercialisation du poulet — Constitutionnalité de la composante provinciale du régime — Le régime provincial s'applique-t-il à l'égard du poulet destiné au marché interprovincial? — Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche, L.R.Q., ch. M-35.1 — Règlement sur la production et la mise en marché du poulet, R.R.Q., ch. M-35.1, r. 13.2 — Plan conjoint des producteurs de volailles du Québec, R.R.Q., ch. M-35, r. 126.

Droit constitutionnel — Délégation de pouvoirs de réglementation — Incorporation par renvoi de mesures législatives provinciales par l'office fédéral de réglementation — Régime fédéral-provincial de commercialisation du poulet — Incorporation par renvoi par l'office fédéral de mesures législatives provinciales et délégation par celui-ci à l'office de commercialisation provincial, au moyen d'un instrument de délégation de pouvoirs, de son pouvoir de réglementer le commerce extraprovincial et l'exportation — Est-ce que la délégation administrative et l'incorporation par renvoi étaient constitutionnelles? — Est-ce que seul le Parlement peut incorporer par renvoi des mesures législatives provinciales?

Gladstone *c.* Canada (Procureur général) 325

Pêche — Restitution d'objets saisis mais non confisqués — Paiement d'intérêts — Restitution du produit de la vente de poisson saisi conformément à la Loi sur les pêches, une fois les procédures arrêtées — Produit de la vente restitué sans intérêts — La Couronne devait-elle des intérêts sur le produit de la vente retenu en attendant l'issue du litige? — Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14, art. 73.1.

Gosselin (Tuteur de) *c.* Québec (Procureur général) 238

Libertés publiques — Droits à l'égalité — Langue d'enseignement — Membres de la majorité francophone au Québec privés du droit à l'enseignement en anglais sauf dans certaines circonstances — La loi relative à l'enseignement en anglais au Québec viole-t-elle les droits à l'égalité? — L'égalité exige-t-elle que tous les enfants au Québec aient accès à l'école publique anglaise? — Le droit à l'égalité est-il opposable à l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11, art. 73 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 12.

Droit scolaire — Langue d'enseignement — Enseignement en anglais au Québec — Membres de la majorité francophone au Québec privés du droit à l'enseignement en anglais sauf dans certaines circonstances — La loi

Suite à la page suivante

Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 12 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23.

Okwuobi *v.* Lester B. Pearson School Board; Casimir *v.* Quebec (Attorney General); Zorrilla *v.* Quebec (Attorney General) 257

Administrative law — Administrative Tribunal of Québec — Jurisdiction in respect of minority language education claims — Remedial powers — Eligibility for public instruction in English in Quebec — Claimants bypassing administrative appeal process and seeking injunctive and declaratory relief in Superior Court — Whether claimants must follow administrative process — Whether Tribunal has exclusive jurisdiction to hear appeals in respect of entitlement to minority language education — Whether Tribunal can decide constitutional questions incidental to its determination of entitlement to minority language education — Whether Tribunal's decision concerning entitlement binding on school board — Scope of residual jurisdiction of Superior Court in respect of injunctive relief and direct constitutional challenges.

Pacific National Investments Ltd. *v.* Victoria (City) 286

Judgments and orders — Interest — Post-judgment interest — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 50.

R. *v.* Chow 384

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Interception of communications — Accused and three co-accused charged with murder — Crown's case against accused based largely on intercepted telephone conversations — Accused's name not mentioned in affidavit accompanying first two applications for authorization — Accused alleging that subsequent authorizations rested on information unlawfully obtained from first two authorizations — Whether accused's right to be secure against unreasonable search or seizure violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Criminal law — Interception of communications — Successive authorizations — Accused and three co-accused charged with murder — Crown's case against accused based largely on intercepted telephone conversations — Accused's name not mentioned in affidavit accompanying first two applications for authorization — Accused alleging that subsequent authorizations rested on information unlawfully obtained from first two authorizations — Whether accused "known" person within meaning of Criminal Code when first two authorizations sought and obtained — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 185(1)(e).

Criminal law — Procedure — Separate trials — Accused and three co-accused charged with murder — Whether

Continued on next page

relative à l'enseignement en anglais au Québec viole-t-elle les droits à l'égalité? — Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11, art. 73 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 12 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23.

Okwuobi *c.* Commission scolaire Lester-B.-Pearson; Casimir *c.* Québec (Procureur général); Zorrilla *c.* Québec (Procureur général) 257

Droit administratif — Tribunal administratif du Québec — Compétence relative aux demandes d'enseignement dans la langue de la minorité — Pouvoirs de réparation — Admissibilité à fréquenter une école publique anglaise au Québec — Demandeurs contournant le processus d'appel administratif et demandant à la Cour supérieure une injonction et un jugement déclaratoire — Les demandeurs doivent-ils suivre le processus administratif? — Le Tribunal a-t-il compétence exclusive pour entendre les appels concernant le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité? — Le Tribunal peut-il statuer sur des questions constitutionnelles incidentes à ses décisions relatives au droit à l'enseignement dans la langue de la minorité? — La décision du Tribunal en matière d'admissibilité est-elle opposable au conseil scolaire? — Étendue de la compétence résiduelle de la Cour supérieure en matière d'injonction et de contestations constitutionnelles directes.

Pacific National Investments Ltd. *c.* Victoria (Ville) 286

Jugements et ordonnances — Intérêt — Intérêt au taux postérieur au jugement — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 50.

R. *c.* Chow 384

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Interception de communications — Accusé et trois coaccusés inculpés de meurtre — Preuve du ministère public contre l'accusé principalement fondée sur des conversations téléphoniques interceptées — Aucune indication du nom de l'accusé dans l'affidavit accompagnant les deux premières demandes d'autorisation — Prétention de l'accusé que les autorisations subséquentes reposaient sur des renseignements obtenus illégalement en vertu des deux premières autorisations — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit criminel — Interception de communications — Autorisations successives — Accusé et trois coaccusés inculpés de meurtre — Preuve du ministère public contre l'accusé principalement fondée sur des conversations téléphoniques interceptées — Aucune indication du nom de

Suite à la page suivante

accused entitled to severance in order to compel one of co-accused to testify — Whether denial of severance deprived him of right to make full answer and defence.

R. *v.* Mapara **358**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Co-conspirator's exception — Double hearsay — Whether co-conspirator's exception to hearsay rule meets requirements of principled approach to hearsay — Whether double hearsay evidence of co-conspirator lacked necessity or reliability in circumstances of this case and ought to have been excluded.

Criminal law — Evidence — Admissibility — Interception of communications — Three-way communication — Named person in wiretap authorization initiating phone call with third party — Named person and accused alternately speaking with third party during call — Authorization requiring police to stop listening when named person not party to communication — Whether intercepts of telephone conversation between accused and third party should have been excluded — Whether named person still party to communication.

R. *v.* P.E.C. **290**

Criminal law — Evidence — Accused convicted at trial of six counts of sex-related offences involving two young children — Trial judge considering evidence relating to other counts against accused when assessing his credibility in respect of particular set of counts — Whether trial judge erred in failing to deal with evidence on each count separately.

R. *v.* Paice **339**

Criminal law — Defences — Self-defence — Assault — Consent — Interpretation of Jobidon — Deceased killed by accused in fist fight — Whether fight consensual — Whether self-defence available to accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 34.

R. *v.* R.G.L. **288**

Criminal law — Appeal — Appeal as of right — Dissent in Court of Appeal not raising question of law — Appeal quashed.

Solski (Tutor of) *v.* Quebec (Attorney General) **201**

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language education rights — Claimants' children declared not eligible for public instruction in English in Quebec because children had not completed "major part" of their education in English as required by s. 73(2) of Charter of the French

Continued on next page

l'accusé dans l'affidavit accompagnant les deux premières demandes d'autorisation — Prétention de l'accusé que les autorisations subséquentes reposaient sur des renseignements obtenus illégalement en vertu des deux premières autorisations — L'accusé était-il une personne « connue » au sens du Code criminel lorsque les deux premières autorisations ont été demandées et obtenues? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 185(1)e).

Droit criminel — Procédure — Procès distincts — Accusé et trois coaccusés inculpés de meurtre — L'accusé a-t-il droit à un procès distinct afin de pouvoir contraindre un des coaccusés à témoigner? — Le refus d'un procès distinct l'a-t-il privé de son droit à une défense pleine et entière?

R. *c.* Mapara **358**

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Ouï-dire — Exception relative aux coconspirateurs — Ouï-dire double — L'exception relative aux coconspirateurs respecte-t-elle les exigences de la méthode raisonnée applicable en matière de ouï-dire? — Est-ce qu'en l'espèce la preuve par double ouï-dire émanant d'un coconspirateur ne présentait pas les conditions requises en matière de fiabilité ou de nécessité et aurait dû être écartée?

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Interception de communications — Échange à trois — Appel téléphonique à un tiers initié par une personne nommée dans l'autorisation d'écoute électronique — Cette personne et l'accusé parlent tour à tour avec le tiers durant l'appel — Selon l'autorisation, les policiers devaient cesser d'écouter lorsque la personne nommée dans l'autorisation ne participait pas à la conversation — Les portions de la conversation téléphonique au cours desquelles l'accusé et le tiers parlaient ensemble auraient-elles dû être écartées? — La personne nommée dans l'autorisation continuait-elle d'être partie à la communication?

R. *c.* P.E.C. **290**

Droit criminel — Preuve — Accusé trouvé coupable de six infractions d'ordre sexuel à l'endroit de deux jeunes enfants — Juge du procès examinant la preuve relative à d'autres chefs d'accusation contre l'accusé lors de son appréciation de la crédibilité de l'accusé relativement à un ensemble donné de chefs d'accusation — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en omettant de se prononcer sur la preuve ayant trait à chaque chef d'accusation séparément?

R. *c.* Paice **339**

Droit criminel — Moyens de défense — Légitime défense — Voies de fait — Consentement — Interprétation de l'arrêt Jobidon — Victime tuée par l'accusé lors d'une bagarre à coups de poing — Était-ce une bagarre entre

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

language — Whether "major part" requirement set out in s. 73(2) inconsistent with s. 23(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Schools — Language of instruction — Instruction in English in Quebec — Claimants' children declared not eligible for public instruction in English in Quebec because children had not completed "major part" of their education in English as required by s. 73(2) of Charter of the French language — Whether "major part" requirement set out in s. 73(2) constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23(2).

SOMMAIRE (Fin)

adversaires consentants? — L'accusé peut-il invoquer la légitime défense? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 34.

R. *c.* R.G.L. 288

Droit criminel — Appel — Appel de plein droit — Dissidence en Cour d'appel ne soulevant pas une question de droit — Pourvoi cassé.

Solski (Tuteur de) *c.* Québec (Procureur général) 201

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Enfants des requérants déclarés non admissibles à fréquenter l'école publique de langue anglaise au Québec pour le motif qu'ils n'ont pas reçu la « majeure partie » de leur enseignement en anglais comme l'exige l'art. 73(2) de la Charte de la langue française — Le critère de la « majeure partie » énoncé à l'art. 73(2) est-il incompatible avec l'art. 23(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit scolaire — Langue d'enseignement — Enseignement en anglais au Québec — Enfants des requérants déclarés non admissibles à fréquenter l'école publique de langue anglaise au Québec pour le motif qu'ils n'ont pas reçu la « majeure partie » de leur enseignement en anglais comme l'exige l'art. 73(2) de la Charte de la langue française — Constitutionnalité du critère de la « majeure partie » énoncé à l'art. 73(2) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23(2).

Edwidge Casimir *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones, Commission nationale des parents francophones, Commissioner of Official Languages for Canada, Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques, Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario, Fédération des communautés francophones et acadiennes du Canada and Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc. *Interveners*

INDEXED AS: SOLSKI (TUTOR OF) *v.* QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2005 SCC 14.

File No.: 29297.

2004: March 22; 2005: March 31.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language education rights — Claimants' children declared not eligible for public instruction in English in Quebec because children had not completed "major part" of their education in English as required by s. 73(2) of Charter of the French language — Whether "major part" requirement set out in s. 73(2) inconsistent with s. 23(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Schools — Language of instruction — Instruction in English in Quebec — Claimants' children declared not eligible for public instruction in English in Quebec

Edwidge Casimir *Appelante*

c.

Procureur général du Québec *Intimé*

et

Procureur général du Canada, Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones, Commission nationale des parents francophones, Commissaire aux langues officielles du Canada, Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques, Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario, Fédération des communautés francophones et acadiennes du Canada et Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc. *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SOLSKI (TUTEUR DE) *c.* QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2005 CSC 14.

N° du greffe : 29297.

2004 : 22 mars; 2005 : 31 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Enfants des requérants déclarés non admissibles à fréquenter l'école publique de langue anglaise au Québec pour le motif qu'ils n'ont pas reçu la « majeure partie » de leur enseignement en anglais comme l'exige l'art. 73(2) de la Charte de la langue française — Le critère de la « majeure partie » énoncé à l'art. 73(2) est-il incompatible avec l'art. 23(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit scolaire — Langue d'enseignement — Enseignement en anglais au Québec — Enfants des requérants déclarés non admissibles à fréquenter l'école publique

because children had not completed "major part" of their education in English as required by s. 73(2) of Charter of the French language — Whether "major part" requirement set out in s. 73(2) constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23(2).

S, C and L requested certificates of eligibility to allow their children to attend English-language public schools in Quebec. The requests were denied by the Minister of Education's designated person on the ground that the children had not completed the "major part" of their instruction in English as required by s. 73(2) of the *Charter of the French language*. In the cases of S and L, this decision was upheld by the review committee and the Administrative Tribunal of Québec. Concurrently with the proceeding before the Administrative Tribunal, S sought declaratory relief in the Superior Court. The court declared s. 73(2) to be inconsistent with s. 23(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that it limited the category of persons eligible to receive minority language education. The Attorney General of Quebec appealed that decision. S decided not to contest the appeal, and the Court of Appeal authorized C and L to intervene. The Court of Appeal set aside the Superior Court's decision, concluding that the "major part" requirement set out in s. 73(2) was constitutional.

Held: The appeal should be allowed in part. C's and L's children were eligible for English education in Quebec. Properly interpreted, s. 73(2) of the *Charter of the French language* is constitutional.

The minority language education rights entrenched in s. 23 of the *Canadian Charter* are national in scope and remedial in nature. They must be interpreted in a broad and purposive manner consistent with the preservation and promotion of both official language communities. The application of s. 23 is contextual and must take into account the differences between the situations of the minority language community in Quebec and the minority language communities of the territories and the other provinces. In Quebec, the latitude given to the provincial government in drafting legislation regarding education must be broad enough to ensure the protection of the French language while satisfying the purposes of s. 23. [20-21] [34]

The specific purpose of s. 23(2) of the *Canadian Charter* is to provide continuity of minority language education rights, to accommodate mobility and to ensure family unity. In order to comply with s. 23(2), the "major

de langue anglaise au Québec pour le motif qu'ils n'ont pas reçu la « majeure partie » de leur enseignement en anglais comme l'exige l'art. 73(2) de la Charte de la langue française — Constitutionnalité du critère de la « majeure partie » énoncé à l'art. 73(2) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23(2).

S, C et L ont demandé des certificats d'admissibilité autorisant leurs enfants à fréquenter l'école publique de langue anglaise au Québec. La personne désignée par le ministre de l'Éducation a refusé leurs demandes pour le motif que les enfants n'avaient pas reçu la « majeure partie » de leur enseignement en anglais comme l'exige le par. 73(2) de la *Charte de la langue française*. Le comité de révision sur la langue d'enseignement et le Tribunal administratif du Québec ont confirmé cette décision en ce qui concerne S et L. Pendant le recours devant le Tribunal administratif, S a demandé à la Cour supérieure de rendre un jugement déclaratoire. La cour a déclaré que le par. 73(2) était incompatible avec le par. 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où il limitait la catégorie de personnes admissibles à l'enseignement dans la langue de la minorité. Le procureur général du Québec a appelé de cette décision. S a décidé de ne pas contester l'appel, et la Cour d'appel a autorisé l'intervention de C et L. La Cour d'appel a annulé la décision de la Cour supérieure, concluant que le critère de la « majeure partie » énoncé au par. 73(2) était conforme à la Constitution.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie. Les enfants de C et L étaient admissibles à l'enseignement en anglais au Québec. Interprété correctement, le par. 73(2) de la *Charte de la langue française* est conforme à la Constitution.

Les droits à l'instruction dans la langue de la minorité consacrés à l'art. 23 de la *Charte canadienne* ont une portée nationale et un caractère réparateur. Ils doivent recevoir une interprétation téléologique large et compatible avec le maintien et l'épanouissement des deux communautés linguistiques officielles. L'application de l'art. 23 est contextuelle et doit tenir compte des disparités qui existent entre la situation de la communauté linguistique minoritaire du Québec et celle des communautés linguistiques minoritaires des territoires et des autres provinces. Au Québec, le gouvernement provincial appelé à légiférer en matière d'éducation doit disposer de la latitude suffisante pour assurer la protection de la langue française tout en respectant les objectifs de l'art. 23. [20-21] [34]

Le paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne* a pour objet précis de garantir le droit à la continuité de l'instruction dans la langue de la minorité, de préserver l'unité familiale et de favoriser la liberté de circulation

part" requirement set out in s. 73(2) of the *Charter of the French language* must involve a qualitative rather than a strict quantitative assessment of the child's educational experience. The child's past and present educational experience is the best indicator of genuine commitment to a minority language education. The qualitative assessment will determine if a significant part, though not necessarily the majority, of the child's instruction, considered cumulatively, was in the minority language. The focus of the assessment is both subjective, in that it is necessary to examine all the circumstances of the child, and objective, in that the Minister, the Administrative Tribunal of Québec and the courts must determine whether the admission of a particular child is, in light of his or her personal circumstances and educational experience, consistent with the general purposes of s. 23(2). While there is nothing in the language of s. 23(2) that strictly restricts the nature of the instruction, it would be contrary to the purpose of the provision to equate immersion programs with minority language education. [28] [30] [50]

To purposefully assess the requirement for participation in s. 23(2), therefore, all the circumstances of the child must be considered including the time spent in each program, at what stage of education the choice of language of instruction was made, what programs are or were available, and whether learning disabilities or other difficulties exist. The relevance of each factor will vary with the facts of each case and other factors may also arise depending on the circumstances of the particular child and his or her educational experience. [33] [38]

Once a commitment to instruction in the minority language is shown on the facts of the case, the purpose of s. 23(2) is engaged. If children are in a recognized education program regularly and legally, they will in most instances be able to continue their education in the same language. This is consistent with the wording of s. 23(2) and the purposes of protecting and preserving the minority-language community, as well as with the reality that children properly enrolled in minority-language schools are entitled to a continuous learning experience and should not be uprooted and sent to majority-language schools, which would not be in the interest of the minority language community or of the child. Nevertheless, a qualitative assessment of the situation to determine whether there is evidence of a genuine commitment to a minority-language educational experience is warranted, with each province exercising its discretion in light of its particular circumstances,

et d'établissement. Pour respecter le par. 23(2), le critère de la « majeure partie » qu'établit le par. 73(2) de la *Charte de la langue française* doit comporter une évaluation qualitative plutôt que strictement quantitative du cheminement scolaire de l'enfant. Le cheminement scolaire antérieur et actuel est le meilleur indice d'engagement authentique à cheminer dans la langue d'enseignement de la minorité. L'évaluation qualitative permet de déterminer si l'enfant a reçu une partie importante — sans qu'il s'agisse nécessairement de la plus grande partie — de son instruction, considérée globalement, dans la langue de la minorité. Cette évaluation est à la fois subjective, en ce sens qu'il est nécessaire d'examiner l'ensemble de la situation de l'enfant, et objective, en ce sens que le ministre, le Tribunal administratif du Québec et les tribunaux judiciaires doivent déterminer si, compte tenu de la situation personnelle et du cheminement scolaire de l'enfant, l'admission de celui-ci cadre avec l'objet général du par. 23(2). Même si rien dans le libellé du par. 23(2) n'assujettit à des limites strictes la nature de l'instruction, il serait contraire à l'objet de la disposition d'assimiler les programmes d'immersion à l'enseignement dans la langue de la minorité. [28] [30] [50]

Pour procéder à une évaluation téléologique du critère d'admissibilité prévu au par. 23(2), il faut donc prendre en considération l'ensemble de la situation de l'enfant, y compris le temps passé dans chaque programme, l'étape des études à laquelle le choix de la langue d'instruction a été fait, les programmes qui sont offerts ou qui l'étaient et l'existence ou non de problèmes d'apprentissage ou d'autres difficultés. La pertinence de chaque facteur varie selon les faits de chaque cas et la situation et le cheminement scolaire de l'enfant en question peuvent également faire intervenir d'autres facteurs. [33] [38]

L'objet du par. 23(2) entre en jeu lorsque les faits révèlent un engagement à cheminer dans la langue d'enseignement de la minorité. Dans la majorité des cas, l'enfant qui est légalement inscrit à un programme d'enseignement reconnu et qui le suit régulièrement est en mesure de poursuivre ses études dans la même langue. Cette conclusion est compatible avec le libellé du par. 23(2) et avec les objectifs de protection et d'épanouissement de la communauté linguistique minoritaire, ainsi qu'avec le fait qu'un enfant régulièrement inscrit à une école de la minorité linguistique a droit à un cheminement scolaire uniforme et ne devrait pas être déraciné et envoyé dans une école de la majorité linguistique — ce qui ne serait ni dans l'intérêt de la communauté linguistique minoritaire ni dans celui de l'enfant. Néanmoins, il est justifié de procéder à une évaluation qualitative de la situation pour déterminer s'il existe une preuve d'engagement authentique à cheminer dans la langue d'enseignement

obligation to respect the objectives of s. 23, and educational policies. [42] [47]

The qualification of unsubsidized private schools and education received in English pursuant to temporary stay certificates was raised. Quebec must be considered to have accepted to take education received under those conditions into account under s. 73(2) of the *Charter of the French language* prior to the adoption of Bill 104 (S.Q. 2002, c. 28), which determines it will henceforth be disregarded. The constitutionality of Bill 104 is not before the Court and will not be dealt with. [51]

In this case, a qualitative assessment of the educational experience of C's and L's children indicates that they are entitled to English instruction in Quebec pursuant to s. 73(2). A reading down of s. 73(2) — by qualitatively defining the "major part" requirement set out in that section as meaning a "significant part" — permits Quebec to meet its legislative objectives, while ensuring that no persons eligible under s. 23(2) are excluded from minority-language schools if they choose to attend them. [52] [59-60]

Cases Cited

Referred to: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)*, [1993] 1 S.C.R. 839; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, [2005] 1 S.C.R. 257, 2005 SCC 16; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Affaires sociales — 288*, [1999] T.A.Q. 269; *S.A. v. Comité de révision sur la langue d'enseignement*, [2001] T.A.Q. 935; *J.B. v. Comité de révision sur la langue d'enseignement*, [2002] T.A.Q. 15; *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2.

de la minorité, chaque province exerçant son pouvoir discrétionnaire en fonction de sa situation particulière, de son obligation de respecter les objectifs de l'art. 23 et de ses politiques d'enseignement. [42] [47]

On a soulevé la question de la prise en compte de la fréquentation des écoles privées non subventionnées et de l'enseignement en anglais reçu conformément à un certificat de séjour temporaire. Il faut considérer que, pour appliquer le par. 73(2) de la *Charte de la langue française*, le Québec acceptait de prendre en compte l'enseignement reçu dans ces circonstances avant l'adoption du projet de loi 104 (L.Q. 2002, ch. 28), qui prévoit que, dorénavant, ce facteur ne sera plus considéré. La Cour n'examine pas la question de la constitutionnalité du projet de loi 104 puisqu'elle ne lui a pas été soumise. [51]

En l'espèce, l'évaluation qualitative du cheminement scolaire des enfants de C et L indique qu'il ont droit à l'enseignement en anglais au Québec, conformément au par. 73(2). Le fait de donner une interprétation atténuante du par. 73(2) — qui consiste à définir le critère de la « majeure partie » comme ayant le sens de « partie importante » — permet au Québec d'atteindre ses objectifs législatifs tout en garantissant qu'aucune personne admissible en vertu du par. 23(2) ne sera empêchée de fréquenter une école de la minorité linguistique si elle choisit de le faire. [52] [59-60]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, [2005] 1 R.C.S. 257, 2005 CSC 16; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Affaires sociales — 288*, [1999] T.A.Q. 269; *S.A. c. Comité de révision sur la langue d'enseignement*, [2001] T.A.Q. 935; *J.B. c. Comité de révision sur la langue d'enseignement*, [2002] T.A.Q. 15; *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Charter of the French language, S.Q. 2002, c. 28, s. 3.
Act to promote the French language in Québec, S.Q. 1969, c. 9.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15, 16 to 23, 23, 27.
Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11, ss. 72, 73, 75, 85.
Constitution Act, 1867, s. 133.
Constitution Act, 1982, s. 59.
Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.).
Official Languages of New Brunswick Act, S.N.B. 1969, c. 14.
Regulation respecting the exemption from the application of the first paragraph of section 72 of the Charter of the French language that may be granted to children staying in Québec temporarily, (1997) 129 G.O. II, 1970.

Authors Cited

Bastarache, Michel. "Introduction", in Michel Bastarache, ed., *Language Rights in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 2004, 1.
Braën, André. "Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada et l'interprétation judiciaire" (1988), 19 *R.G.D.* 311.
Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. III, 1st Sess., 32nd Parl., October 6, 1980, p. 3286.
Foucher, Pierre. "Language Rights and Education", in Michel Bastarache, ed., *Language Rights in Canada*. Translated by Translation Devinat et Associés. Montréal: Yvon Blais, 1987, 255.
Foucher, Pierre. "Les droits scolaires des minorités linguistiques", in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, 16-1.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
Proulx, Jean-Pierre. "Les normes périjuridiques dans l'idéologie québécoise et canadienne en matière de langue d'enseignement" (1988), 19 *R.G.D.* 209.
Ryan, Claude. "L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur les droits linguistiques au Québec", [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 543.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Gendreau, Mailhot and Forget JJ.A.),

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15, 16 à 23, 23, 27.
Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11, art. 72, 73, 75, 85.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 133.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 59.
Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 2002, ch. 28, art. 3.
Loi pour promouvoir la langue française au Québec, L.Q. 1969, ch. 9.
Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4e suppl.).
Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick, S.N.B. 1969, ch. 14.
Règlement sur l'exemption de l'application du premier alinéa de l'article 72 de la Charte de la langue française qui peut être accordée aux enfants séjournant au Québec de façon temporaire, (1997) 129 G.O. II, 2630.

Doctrine citée

Bastarache, Michel. « Introduction », dans Michel Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada*, 2e éd. Traduit de l'anglais par Hugues Sirgent. Cowansville : Yvon Blais, 2004, 1.
Braën, André. « Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada et l'interprétation judiciaire » (1988), 19 *R.G.D.* 311.
Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 1re sess., 32e lég., 6 octobre 1980, p. 3286.
Foucher, Pierre. « Les droits linguistiques en matière scolaire », dans Michel Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada*. Montréal : Yvon Blais, 1986, 269.
Foucher, Pierre. « Les droits scolaires des minorités linguistiques », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol P. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 1996, 941.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997.
Proulx, Jean-Pierre. « Les normes périjuridiques dans l'idéologie québécoise et canadienne en matière de langue d'enseignement » (1988), 19 *R.G.D.* 209.
Ryan, Claude. « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur les droits linguistiques au Québec », [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 543.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Gendreau, Mailhot et Forget),

[2002] R.J.Q. 1285, [2002] Q.J. No. 1127 (QL), setting aside a decision of Grenier J., [2001] R.J.Q. 218, [2000] Q.J. No. 5789 (QL). Appeal allowed in part.

Brent D. Tyler and *Walter C. Elmore*, for the appellant.

Benoît Belleau, *Dominique A. Jobin* and *Carole Soucy*, for the respondent.

Claude Joyal and *Marc Tremblay*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Colin K. Irving and *Douglas Mitchell*, for the intervener the Commissioner of Official Languages for Canada.

Michel Doucet and *Christian E. Michaud*, for the interveners Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones and Commission nationale des parents francophones.

Michelle Vaillancourt, *Margot Blight* and *Mark C. Power*, for the interveners Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques and Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario.

Ronald F. Caza and *Joël M. Dubois*, for the interveners Fédération des communautés francophones et acadiennes du Canada and Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc.

The following is the judgment delivered by

1 THE COURT — The issue in this case is whether the Quebec legislature's attempt to define the categories of rights holders provided for under s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by means of the "major part" requirement set out in s. 73 of Quebec's *Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11 ("*CFL*"), is an unconstitutional restriction of these rights. In our view, it is not; the term "major" must however be read so that it is given a "qualitative" meaning rather than a "quantitative" meaning. We would consequently allow the appeal in part.

[2002] R.J.Q. 1285, [2002] J.Q. nº 1127 (QL), qui a annulé une décision de la juge Grenier, [2001] R.J.Q. 218, [2000] J.Q. nº 5789 (QL). Pourvoi accueilli en partie.

Brent D. Tyler et *Walter C. Elmore*, pour l'appelante.

Benoît Belleau, *Dominique A. Jobin* et *Carole Soucy*, pour l'intimé.

Claude Joyal et *Marc Tremblay*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Colin K. Irving et *Douglas Mitchell*, pour l'intervenante la Commissaire aux langues officielles du Canada.

Michel Doucet et *Christian E. Michaud*, pour les intervenantes la Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones et la Commission nationale des parents francophones.

Michelle Vaillancourt, *Margot Blight* et *Mark C. Power*, pour les intervenantes l'Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques et l'Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario.

Ronald F. Caza et *Joël M. Dubois*, pour les intervenantes la Fédération des communautés francophones et acadiennes du Canada et la Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR — Il s'agit en l'espèce de déterminer si la tentative du législateur québécois de définir les catégories de titulaires de droits établies à l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* au moyen du critère de la « majeure partie » énoncé à l'art. 73 de la *Charte de la langue française* du Québec, L.R.Q., ch. C-11 (« *CLF* »), constitue une restriction inconstitutionnelle des droits en question. Nous estimons que non; l'adjectif « majeure » doit cependant recevoir un sens « qualitatif » plutôt que « quantitatif ». Par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir en partie le pourvoi.

I. Overview

The protection of minority language rights by s. 23 of the *Canadian Charter* is an integral part of the broader protection of minority rights, a principle recognized as foundational to Canada's Constitution in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 79. Minority language rights are fundamental because "[l]anguage is more than a mere means of communication, it is part and parcel of the identity and culture of the people speaking it": *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at p. 362; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 748-49. The constitutional protection of minority language rights is necessary for the promotion of robust and vital minority language communities which are essential for Canada to flourish as a bilingual country.

Education rights play a fundamental role in promoting and preserving minority language communities. Indeed, "[m]inority language education rights are the means by which the goals of linguistic and cultural preservation are achieved": *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62, at para. 26; see also *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1, at para. 26; *Mahe*, at pp. 363-64. Minority language education is a requisite tool to encourage linguistic and cultural vitality. Not only do minority schools provide basic language education, they also act as community centres where the members of the minority can meet to express their culture. Thus, the education rights provided by s. 23 form the cornerstone of minority language rights protection.

II. Origin and Role of Section 23 of the *Canadian Charter*

Before ss. 16 to 23 of the *Canadian Charter* came into force, s. 133 of the *Constitution Act, 1867* already contained a rudimentary language rights scheme. In addition, legislation that was quite broad

I. Aperçu

2 La protection des droits linguistiques des minorités offerte par l'art. 23 de la *Charte canadienne* fait partie intégrante de la protection générale des droits des minorités qui, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 79, a été reconnue comme étant un principe fondamental de la Constitution canadienne. Les droits linguistiques des minorités sont fondamentaux étant donné qu'« [u]ne langue est plus qu'un simple moyen de communication; elle fait partie intégrante de l'identité et de la culture du peuple qui la parle » : *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 362; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 748-749. La protection constitutionnelle des droits linguistiques des minorités est nécessaire pour assurer la solidité et la vitalité des communautés linguistiques minoritaires, composantes essentielles à l'épanouissement du Canada comme pays bilingue.

3 Les droits à l'instruction jouent un rôle fondamental en matière de protection et d'épanouissement des communautés linguistiques minoritaires. En effet, « [l]es droits à l'instruction dans la langue de la minorité permettent d'atteindre les objectifs de préservation de la langue et de la culture » : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62, par. 26; voir aussi *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1, par. 26; *Mahe*, p. 363-364. L'instruction dans la langue de la minorité est un outil nécessaire pour assurer la vitalité linguistique et culturelle. Les écoles de la minorité ne font pas qu'enseigner les rudiments de la langue, elles servent également de centres communautaires où peuvent se dérouler les manifestations culturelles des membres de la minorité. Les droits à l'instruction garantis par l'art. 23 constituent donc la pierre angulaire de la protection des droits linguistiques des minorités.

II. Origine et rôle de l'art. 23 de la *Charte canadienne*

4 Avant l'entrée en vigueur des art. 16 à 23 de la *Charte canadienne*, l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* comportait déjà un embryon de régime linguistique. De plus, bien qu'elles n'aient eu aucune

in scope, although it did not have constitutional status, had been implemented by the federal government and by a number of provinces: this legislation included the *Official Languages Act*, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), enacted by the Parliament of Canada in 1969; the *CFL* in Quebec and the *Official Languages of New Brunswick Act*, S.N.B. 1969, c. 14 (see M. Bastarache, "Introduction", in M. Bastarache, ed., *Language Rights in Canada* (2nd ed. 2004), 1, at pp. 21-23). These legislative schemes govern situations in which not only individual rights, but also the existence of language communities and the manner in which those communities perceive their future, are in issue.

5 Owing to the existence of these two levels of social and legal relationships, the establishment of rules to govern language rights is a sensitive issue. First, the members of the minority communities and their families, in every province and territory, must be given the opportunity to achieve their personal aspirations. Second, on the collective level, these language issues are related to the development and existence of the English-speaking minority in Quebec and the French-speaking minorities elsewhere in Canada. They also inevitably have an impact on how Quebec's French-speaking community perceives its future in Canada, since that community, which is in the majority in Quebec, is in the minority in Canada, and even more so in North America as a whole. To this picture must be added the serious difficulties resulting from the rate of assimilation of French-speaking minority groups outside Quebec, whose current language rights were acquired only recently, at considerable expense and with great difficulty. Thus, in interpreting these rights, the courts have a responsibility to reconcile sometimes divergent interests and priorities, and to be sensitive to the future of each language community. Our country's social context, demographics and history will therefore necessarily comprise the backdrop for the analysis of language rights. Language rights cannot be analysed in the abstract, without regard for the historical context of the recognition thereof or for the concerns that the manner in which they are currently applied is meant to address.

valeur constitutionnelle, des mesures législatives de portée considérable avaient été mises en application au niveau fédéral et dans plusieurs provinces, telles la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, ch. 31 (4e suppl.), adoptée par le Parlement du Canada en 1969, la *CLF* au Québec ou la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, S.N.B. 1969, ch. 14 (voir M. Bastarache, « Introduction », dans M. Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada* (2e éd. 2004), 1, p. 24-26). Ces ensembles législatifs encadrent des situations qui mettent en jeu non seulement des droits individuels, mais aussi la vie des communautés linguistiques et la perception que celles-ci ont de leur avenir.

L'existence de ces deux niveaux de rapports sociaux et juridiques rend délicat l'effort d'aménagement des droits linguistiques. Il s'agit en effet, d'une part, d'assurer l'épanouissement personnel des membres des minorités et de leurs familles dans chaque province ou territoire. D'autre part, sur le plan collectif, ces questions linguistiques mettent en jeu le développement et la présence des minorités anglophones au Québec et des francophones ailleurs au Canada. Elles mettent aussi inéluctablement en cause la perception que la communauté francophone du Québec a de son avenir au Canada, puisque, majorité au Québec, elle se trouve minoritaire au Canada et encore davantage dans l'ensemble nord-américain. Ajoutons à ce tableau les difficultés graves engendrées par le taux d'assimilation des minorités francophones hors Québec, pour lesquelles les droits linguistiques actuels représentent des acquis récents, chèrement et difficilement obtenus. L'interprétation judiciaire fait alors face à la responsabilité de concilier des priorités et intérêts parfois divergents et de ménager l'avenir de chaque communauté linguistique. Ainsi, le contexte social, démographique et historique de notre pays constitue nécessairement la toile de fond de l'analyse des droits linguistiques. Celle-ci ne saurait s'effectuer dans l'abstrait, sans égard au contexte qui a conduit à la reconnaissance de ces droits ou aux préoccupations auxquelles leurs modalités d'application actuelles sont censées répondre.

The very presence of s. 23 in the *Canadian Charter* attests to the recognition, in our country's Constitution, of the essential role played by the two official languages in the formation of Canada and in the country's contemporary life (*Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53, at para. 22). It also confirms that the need and desire to ensure that language communities continue to exist and develop represented one of the primary objectives of the language rights scheme that has gradually been implemented in Canada. Although the process of recognizing and defining those rights has at times been marked by difficulties and conflicts, some of which are still before the courts today, the presence of two distinct language communities in Canada and the desire to reserve an important place for them in Canadian life constitute one of the foundations of the federal system that was created in 1867, as this Court observed in *Reference re Secession of Quebec*, at para. 59:

> The principle of federalism facilitates the pursuit of collective goals by cultural and linguistic minorities which form the majority within a particular province. This is the case in Quebec, where the majority of the population is French-speaking, and which possesses a distinct culture. This is not merely the result of chance. The social and demographic reality of Quebec explains the existence of the province of Quebec as a political unit and indeed, was one of the essential reasons for establishing a federal structure for the Canadian union in 1867. The experience of both Canada East and Canada West under the *Union Act, 1840* (U.K.), 3-4 Vict., c. 35, had not been satisfactory. The federal structure adopted at Confederation enabled French-speaking Canadians to form a numerical majority in the province of Quebec, and so exercise the considerable provincial powers conferred by the *Constitution Act, 1867* in such a way as to promote their language and culture. It also made provision for certain guaranteed representation within the federal Parliament itself.

Section 23, which is linked to the broader principle of protection of minority rights that was recognized by this Court in *Reference re Secession of Quebec* as one of the fundamental principles of the Canadian Constitution, reflects a common desire to protect Canada's English- and French-speaking minorities, and to promote their development. Any broad guarantee of language rights attests to a

6 La présence même de l'art. 23 dans la *Charte canadienne* témoigne de la reconnaissance, par la Constitution de notre pays, du caractère essentiel des deux langues officielles dans la formation du Canada et dans sa vie contemporaine (*Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53, par. 22). Elle confirme aussi que la nécessité et la volonté d'assurer la permanence et l'épanouissement de communautés linguistiques ont constitué l'un des objectifs premiers du régime de droits linguistiques qui s'est établi graduellement au Canada. Bien que la reconnaissance et la définition de ces droits aient été marquées parfois de difficultés et de conflits dont certains se trouvent encore aujourd'hui devant les tribunaux, la présence de deux communautés linguistiques distinctes au Canada et la volonté de leur faire une place importante dans la vie canadienne constituent l'un des fondements du régime fédéral établi en 1867, comme notre Cour l'a souligné dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 59 :

> Le principe du fédéralisme facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. C'est le cas au Québec, où la majorité de la population est francophone et qui possède une culture distincte. Ce n'est pas le simple fruit du hasard. La réalité sociale et démographique du Québec explique son existence comme entité politique et a constitué, en fait, une des raisons essentielles de la création d'une structure fédérale pour l'union canadienne en 1867. Tant pour le Canada-Est que pour le Canada-Ouest, l'expérience de l'*Acte d'Union, 1840* (R.-U.), 3-4 Vict., ch. 35, avait été insatisfaisante. La structure fédérale adoptée à l'époque de la Confédération a permis aux Canadiens de langue française de former la majorité numérique de la population de la province du Québec, et d'exercer ainsi les pouvoirs provinciaux considérables que conférait la *Loi constitutionnelle de 1867* de façon à promouvoir leur langue et leur culture. Elle garantissait également une certaine représentation au Parlement fédéral lui-même.

7 Rattaché au principe plus large de la protection des droits des minorités que notre Cour a reconnu comme l'un des principes fondamentaux de la Constitution canadienne dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, l'art. 23 reflète une volonté commune de protéger les minorités linguistiques francophones ou anglophones au Canada et de favoriser leur épanouissement. En effet, toute garantie

fundamental respect for and interest in the cultures that are expressed by the protected languages (*Mahe*, at p. 362). Thus, the recognition of rights to minority language instruction contributes to the preservation of the minority language and culture, as well as of the minority group itself (*Doucet-Boudreau*, at para. 26). With this in mind, this Court has been sensitive to the concerns, and the language dynamics, of Quebec, where a majority of the members of Canada's French-speaking minority is concentrated (see, for example: *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, at p. 82; *Ford*, at pp. 777-78; *Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)*, [1993] 1 S.C.R. 839, at p. 851).

8 When the Canadian Constitution was patriated, the adoption of s. 23 of the *Canadian Charter* confirmed the framers' intention to guarantee rights to instruction that were, in principle, identical for all of Canada's minority language groups (*Arsenault-Cameron*, at para. 26). However, that principle was watered down considerably in the case of Quebec: s. 59 of the *Constitution Act, 1982* provides that s. 23(1)(*a*) does not apply in Quebec. It may come into force only with the authorization of the National Assembly or the Quebec Government. To date, such authorization has not been given. To this extent, s. 59 limits the classes of rights holders in Quebec to those described in ss. 23(1)(*b*) and 23(2) (*Quebec Association of Protestant School Boards*, at p. 82). By so defining the classes of rights holders, which are in theory uniform throughout Canada but are limited in Quebec by the effect of s. 59, the framers also rejected the freedom to choose the language of instruction in Quebec (P. Foucher, "Language Rights and Education", in M. Bastarache, ed., *Language Rights in Canada* (1987), 255, at p. 263; J.-P. Proulx, "Les normes périjuridiques dans l'idéologie québécoise et canadienne en matière de langue d'enseignement" (1988), 19 *R.G.D.* 209, at p. 219; A. Braën, "Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada et l'interprétation judiciaire" (1988), 19 *R.G.D.* 311, at pp. 317 and 319).

générale de droits linguistiques témoigne d'un respect et d'un intérêt fondamental pour les cultures qu'expriment les langues protégées (*Mahe*, p. 362). Ainsi, la reconnaissance de droits à l'éducation dans la langue d'une minorité contribue à la préservation de la langue et de la culture minoritaire, ainsi que de la minorité elle-même (*Doucet-Boudreau*, par. 26). Dans cet esprit, notre Cour s'est montrée sensible aux inquiétudes et à la dynamique linguistique du Québec, où se trouve concentrée la majorité des membres de la minorité francophone du Canada (voir, par exemple : *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, p. 82; *Ford*, p. 777-778; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839, p. 851).

Lors du rapatriement de la Constitution canadienne, l'adoption de l'art. 23 de la *Charte canadiennes* confirmait l'intention du constituant de garantir à toutes les minorités linguistiques au Canada des droits scolaires en principe identiques (*Arsenault-Cameron*, par. 26). Cependant, ce principe connaît une atténuation importante dans le cas du Québec. En effet, l'art. 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que l'al. 23(1)*a*) ne s'applique pas au Québec. Il ne peut entrer en vigueur qu'avec l'autorisation de l'Assemblée nationale ou du gouvernement du Québec. Jusqu'à présent, cette autorisation n'a pas été accordée. Dans cette mesure, l'art. 59 limite les catégories de titulaires de droits au Québec à celles décrites à l'al. 23(1)*b*) et au par. 23(2) (*Quebec Association of Protestant School Boards*, p. 82). Par cette définition de catégories de titulaires de droits, en principe uniformes dans l'ensemble du Canada, mais restreintes au Québec par l'effet de l'art. 59, le constituant a aussi écarté la solution du libre choix de la langue d'enseignement au Québec (P. Foucher, « Les droits linguistiques en matière scolaire », dans M. Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada* (1986), 269, p. 277; J.-P. Proulx, « Les normes périjuridiques dans l'idéologie québécoise et canadienne en matière de langue d'enseignement » (1988), 19 *R.G.D.* 209, p. 219; A. Braën, « Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada et l'interprétation judiciaire » (1988), 19 *R.G.D.* 311, p. 317 et 319).

The current wording of s. 23 undoubtedly reflects the difficulties encountered in the discussions and negotiations that led up to the patriation of the Canadian Constitution in 1982. In formulating those constitutional rights, the framers could not turn a deaf ear to the recognition sought by Francophones outside Quebec for substantive equality in education. It was also impossible to ignore the concern felt by Quebec's Anglophone minority as a result of the language disputes arising out of the "Quiet Revolution", which had culminated in the enactment of the *CFL*. Finally, the anxiety of a significant segment of Quebec Francophones about the future of their language was a known fact, if only because of the upheavals it had caused in Canadian politics, and even more so in Quebec politics. This Court in fact acknowledged the existence of this fear among Quebec Francophones that their mother tongue would disappear when, in a case involving the legislation regarding the language of signs, it analysed, under s. 1 of the *Canadian Charter*, the evidence submitted by the parties to demonstrate that the legislation had a serious and legitimate purpose (*Ford*, at p. 778).

Le texte actuel de l'art. 23 témoigne indubitablement des difficultés éprouvées au cours des discussions et des négociations qui ont précédé le rapatriement de la Constitution canadienne en 1982. Dans l'élaboration de ces droits constitutionnels, on ne pouvait rester sourd aux demandes des francophones hors Québec visant la reconnaissance d'une égalité réelle dans le domaine de l'éducation. Il était aussi impossible d'ignorer les inquiétudes de la minorité anglophone du Québec à la suite des conflits linguistiques survenus à partir de la « Révolution tranquille » et ayant culminé avec l'adoption de la *CLF*. Enfin, l'anxiété d'une partie importante des francophones québécois à l'égard de l'avenir de leur langue était un fait connu, ne serait-ce qu'en raison des perturbations qu'elle engendrait dans la vie politique canadienne et encore davantage dans celle du Québec. Notre Cour a d'ailleurs reconnu l'existence de cette crainte des francophones québécois de voir disparaître leur langue maternelle, lorsqu'elle a procédé, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, à une analyse de la preuve soumise par les parties pour démontrer l'existence d'un objectif important et légitime de la loi sur la langue d'affichage (*Ford*, p. 778). 9

Indeed, federalism still plays an important role in the application of s. 23. As education falls within the purview of provincial power, each province has a legitimate interest in the provision and regulation of minority language education: *Arsenault-Cameron*, at para. 53. Nevertheless, with the exception of s. 23(1)(*a*) in Quebec, all provincial minority language education regimes must be consistent with the requirements of s. 23 of the *Canadian Charter*. As the Court noted in *Arsenault-Cameron*, "[a]lthough the Minister is responsible for making educational policy, his discretion is subordinate to the *Charter*" (para. 40).

Le fédéralisme continue d'ailleurs de jouer un rôle important dans l'application de l'art. 23. Étant donné que l'éducation est un chef de compétence provinciale, chacune des provinces a un intérêt légitime dans la prestation et la réglementation de services d'enseignement dans la langue de la minorité : *Arsenault-Cameron*, par. 53. Cependant, sauf en ce qui concerne le Québec et l'al. 23(1)*a*), tous les régimes provinciaux d'enseignement dans la langue de la minorité doivent respecter les exigences de l'art. 23 de la *Charte canadienne*. Comme la Cour l'a indiqué dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, par. 40, « [b]ien que le ministre soit responsable de l'élaboration de la politique applicable en matière d'enseignement, son pouvoir discrétionnaire est assujetti à la *Charte*. » 10

It is our view that s. 73(2) of the *CFL* can be interpreted to conform with s. 23(2) of the *Charter*.

Nous sommes d'avis que le par. 73(2) *CLF* peut être interprété d'une manière conforme au par. 23(2) de la *Charte*. 11

III. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

12 *Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11

72. Instruction in the kindergarten classes and in the elementary and secondary schools shall be in French, except where this chapter allows otherwise.

This rule obtains in school bodies within the meaning of the Schedule and in private educational institutions accredited for purposes of subsidies under the Act respecting private education (chapter E-9.1) with respect to the educational services covered by an accreditation.

Nothing in this section shall preclude instruction in English to foster the learning thereof, in accordance with the formalities and on the conditions prescribed in the basic school regulations established by the Government under section 447 of the Education Act (chapter I-13.3).

73. The following children, at the request of one of their parents, may receive instruction in English:

(1) a child whose father or mother is a Canadian citizen and received elementary instruction in English in Canada, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received in Canada;

(2) a child whose father or mother is a Canadian citizen and who has received or is receiving elementary or secondary instruction in English in Canada, and the brothers and sisters of that child, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary or secondary instruction received by the child in Canada;

(3) a child whose father and mother are not Canadian citizens, but whose father or mother received elementary instruction in English in Québec, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received in Québec;

(4) a child who, in his last year in school in Québec before 26 August 1977, was receiving instruction in English in a public kindergarten class or in an elementary or secondary school, and the brothers and sisters of that child;

(5) a child whose father or mother was residing in Québec on 26 August 1977 and had received elementary instruction in English outside Québec, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received outside Québec.

III. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11

72. L'enseignement se donne en français dans les classes maternelles, dans les écoles primaires et secondaires sous réserve des exceptions prévues au présent chapitre.

Cette disposition vaut pour les organismes scolaires au sens de l'Annexe et pour les établissements d'enseignement privés agréés aux fins de subventions en vertu de la Loi sur l'enseignement privé (chapitre E-9.1) en ce qui concerne les services éducatifs qui font l'objet d'un agrément.

Le présent article n'empêche pas l'enseignement en anglais afin d'en favoriser l'apprentissage, selon les modalités et aux conditions prescrites dans le Régime pédagogique établi par le gouvernement en vertu de l'article 447 de la Loi sur l'instruction publique (chapitre I-13.3).

73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de l'un de leurs parents :

1° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et a reçu un enseignement primaire en anglais au Canada, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Canada;

2° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada;

3° les enfants dont le père et la mère ne sont pas citoyens canadiens mais dont l'un d'eux a reçu un enseignement primaire en anglais au Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Québec;

4° les enfants qui, lors de leur dernière année de scolarité au Québec avant le 26 août 1977, recevaient l'enseignement en anglais dans une classe maternelle publique ou à l'école primaire ou secondaire, de même que leurs frères et sœurs;

5° les enfants dont le père ou la mère résidait au Québec le 26 août 1977, et avait reçu un enseignement primaire en anglais hors du Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu hors du Québec.

However, instruction in English received in Québec in a private educational institution not accredited for the purposes of subsidies by the child for whom the request is made, or by a brother or sister of the child, shall be disregarded. The same applies to instruction in English received in Québec in such an institution after 1 October 2002 by the father or mother of the child.

Instruction in English received pursuant to a special authorization under section 81, 85 or 85.1 shall also be disregarded.

75. The Minister of Education may empower such persons as he may designate to verify and decide on children's eligibility for instruction in English under any of sections 73, 81, 85 and 86.1.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

23. (1) Citizens of Canada

(*a*) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or

(*b*) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province

(*a*) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and

(*b*) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.

Il n'est toutefois pas tenu compte de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un établissement d'enseignement privé non agréé aux fins de subventions par l'enfant pour qui la demande est faite ou par l'un de ses frères et sœurs. Il en est de même de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un tel établissement, après le 1er octobre 2002, par le père ou la mère de l'enfant.

Il n'est pas tenu compte non plus de l'enseignement en anglais reçu en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des articles 81, 85 ou 85.1.

75. Le ministre de l'Éducation peut conférer à des personnes qu'il désigne le pouvoir de vérifier l'admissibilité des enfants à l'enseignement en anglais en vertu de l'un ou l'autre des articles 73, 81, 85 et 86.1 et de statuer à ce sujet.

Charte canadienne des droits et libertés

23. (1) Les citoyens canadiens :

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

Constitution Act, 1982

59. (1) Paragraph 23(1)(*a*) shall come into force in respect of Quebec on a day to be fixed by proclamation issued by the Queen or the Governor General under the Great Seal of Canada.

(2) A proclamation under subsection (1) shall be issued only where authorized by the legislative assembly or government of Quebec.

. . .

IV. Facts

13 The judgment of the Quebec Court of Appeal from which this appeal stems involved three families who requested certificates of eligibility to allow their child or children to attend public English-language schools pursuant to s. 73 of the *CFL*. The requests were denied on the ground that the child or children had not completed the "major part" of their instruction in the minority language.

14 The Solski family left Poland in 1990 to take up a temporary work assignment in Canada. Their children, Mateusz and Karol, were permitted to attend an English-language school on a temporary basis pursuant to s. 85 of the *CFL*. In 1993, the Solski family decided to settle in Quebec and seek Canadian citizenship. The temporary certificate expired in July 1994. Accordingly, the children attended a French-language school beginning in November 1994 and remained there until September 1997. In May 1997, the family acquired Canadian citizenship. In the academic year 1997-1998, the children completed their first year of secondary school in an English-language school despite the fact that they did not have authorization. In August 1998, the school required the Solski children to obtain a certificate of eligibility under the *CFL*. The Solskis applied but were refused by the Minister of Education's designated person on the basis that the secondary studies completed by the children to date had been completed unlawfully because they had not obtained eligibility certificates. The review committee on language instruction ("review committee") and the Administrative Tribunal of Québec ("ATQ") upheld the decision made by the designated person. The ATQ considered that, at the primary level, the

Loi constitutionnelle de 1982

59. (1) L'alinéa 23(1)*a*) entre en vigueur pour le Québec à la date fixée par proclamation de la Reine ou du gouverneur général sous le grand sceau du Canada.

(2) La proclamation visée au paragraphe (1) ne peut être prise qu'après autorisation de l'assemblée législative ou du gouvernement du Québec.

. . .

IV. Les faits

L'arrêt de la Cour d'appel du Québec dont découle le présent pourvoi mettait en cause trois familles qui ont demandé des certificats d'admissibilité autorisant leurs enfants à fréquenter l'école publique de langue anglaise, conformément à l'art. 73 *CLF*. Leurs demandes ont été refusées pour le motif que les enfants n'avaient pas reçu la « majeure partie » de leur enseignement dans la langue de la minorité.

La famille Solski a quitté la Pologne en 1990 pour venir séjourner temporairement au Canada à des fins professionnelles. Leurs enfants, Mateusz et Karol, ont été autorisés à fréquenter temporairement l'école anglaise conformément à l'art. 85 *CLF*. En 1993, la famille Solski a décidé de s'établir au Québec et de demander la citoyenneté canadienne. Le certificat temporaire a expiré en juillet 1994. Les enfants ont donc commencé à fréquenter une école française en novembre 1994 et y ont poursuivi leurs études jusqu'en septembre 1997. La famille a obtenu la citoyenneté canadienne en mai 1997. Les enfants ont fait leur première année d'études secondaires à l'école anglaise pendant l'année scolaire 1997-1998, même s'ils n'étaient pas autorisés à le faire. Au mois d'août 1998, l'école a demandé aux enfants Solski de se procurer un certificat d'admissibilité en vertu de la *CLF*. La personne désignée par le ministre de l'Éducation a rejeté la demande des Solski pour le motif que les études secondaires que leurs enfants avaient faites jusqu'alors n'étaient pas légales en raison de leur défaut d'obtenir des certificats d'admissibilité. Le comité de révision sur la langue d'enseignement (« comité de révision ») et le Tribunal administratif du Québec (« TAQ ») ont confirmé la décision de la personne désignée. Le TAQ a estimé qu'au primaire

children had received 34 months of instruction in French, 24 months of instruction in English under the temporary stay exemption, and one month of so-called "illegal" instruction in English, since it was received after the temporary certificate expired. On this basis, the ATQ deemed that the major part of the elementary education of the Solski children had been in French. It also concluded that the first year of secondary school in an English-language school had been completed illegally, since the children had not received eligibility certificates beforehand, and that such a situation could not generate a right.

The appellant, Edwidge Casimir, is a Canadian citizen and is the mother of two children, Shanning and Edwin. Shanning attended grades 1 and 2 in the French immersion program offered at St. Elizabeth School which is administered by an English school board in Ottawa. Shanning received 50 percent of her education in French and 50 percent of her education in English. In July 2000, the family moved to Montreal. Ms. Casimir applied for a certificate of eligibility under s. 75 of the *CFL* for the purposes of sending Shanning to an English-minority-language school. The application was denied by the Minister's designated person on the grounds that Shanning had not received the major part of her education in English as required by s. 73(2) of the *CFL*. As discussed in the companion appeal (*Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, [2005] 1 S.C.R. 257, 2005 SCC 16), Ms. Casimir did not apply for review of the designated person's decision to the ATQ, but rather challenged the constitutionality of s. 73 in the Superior Court.

Marie Lacroix is a Canadian citizen who completed her own primary and secondary instruction in French schools in Quebec. She is the mother of two children, Ève and Amélie. Amélie completed grades 1 and 2 in a private French school. She then attended an unsubsidized private school that provided 60 percent English instruction and 40 percent French instruction. Ms. Lacroix applied for a certificate of eligibility under s. 75 of the *CFL* but was denied on the basis that Amélie did not satisfy the major part requirement set out in s. 73(2). The

les enfants avaient reçu 34 mois d'enseignement en français, 24 mois en anglais grâce à l'exemption relative au séjour temporaire, ainsi qu'un mois d'enseignement en anglais qui était soi-disant « illégal » étant donné qu'il avait été reçu après que le certificat temporaire eut expiré. Le TAQ a considéré, pour ce motif, que les enfants Solski avaient fait la majeure partie de leurs études primaires en français. Il a aussi conclu que la première année d'études secondaires des enfants à l'école anglaise était illégale parce que ceux-ci n'avaient pas obtenu préalablement des certificats d'admissibilité, ajoutant qu'une telle situation ne saurait donner naissance à un droit.

15 L'appelante Edwidge Casimir est citoyenne canadienne et mère de deux enfants, Shanning et Edwin. Shanning a fait ses première et deuxième années dans le cadre d'un programme d'immersion en français, à l'école St. Elizabeth, qui était gérée par un conseil scolaire anglophone d'Ottawa. Elle y a reçu la moitié de son enseignement en français et l'autre moitié en anglais. En juillet 2000, la famille a déménagé à Montréal. Madame Casimir a demandé un certificat d'admissibilité sous le régime de l'art. 75 *CLF* afin d'envoyer Shanning à une école de la minorité linguistique anglaise. La personne désignée par le ministre a rejeté sa demande pour le motif que Shanning n'avait pas reçu la majeure partie de son enseignement en anglais, comme l'exige le par. 73(2) *CLF*. Comme nous l'avons vu dans le pourvoi connexe (*Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, [2005] 1 R.C.S. 257, 2005 CSC 16), M^me^ Casimir n'a pas demandé au TAQ d'examiner la décision de la personne désignée, mais a plutôt contesté la constitutionnalité de l'art. 73 devant la Cour supérieure.

16 Marie Lacroix est une citoyenne canadienne qui a fait ses études primaires et secondaires dans des écoles françaises au Québec. Elle a deux enfants, Ève et Amélie. Amélie a fait ses première et deuxième années dans une école française privée. Elle a ensuite fréquenté une école privée non subventionnée où 60 p. 100 de l'enseignement se donnait en anglais et 40 p. 100 en français. Madame Lacroix a demandé un certificat d'admissibilité en vertu de l'art. 75 *CLF*, mais ce certificat lui a été refusé pour le motif qu'Amélie ne satisfaisait pas au critère de la

review committee and the ATQ upheld the decision made by the Minister's designated person.

V. Judicial History

17 Concurrently with their recourse before the ATQ, the Solski family sought declaratory relief in the Superior Court of Quebec. Specifically, the Solskis asked the Court to declare (1) that s. 73(2) of the *CFL* is inconsistent with s. 23 of the *Canadian Charter* to the extent that the "major part" criterion narrows the category of eligible rights holders; and (2) that the Solski children are entitled under s. 23(2) to receive their secondary school education in English in Quebec. The Superior Court agreed: [2001] R.J.Q. 218. After reviewing the history of the impugned provisions of the *CFL* and the jurisprudence surrounding s. 23 of the *Canadian Charter*, the trial judge concluded that s. 23(2) did not stipulate a minimum requirement. In particular, the use of the term "is receiving" indicates that the framers intended that a child who is pursuing his instruction in the minority language at the time of the application, regardless of his previous studies, would be a rights holder under s. 23(2) (para. 138). The trial judge also rejected the Attorney General's argument that the Solski children would remain ineligible on the basis that they had subsequently attended a private unsubsidized school because such institutions are not subject to the *CFL* (paras. 149 *et seq.*). Therefore, the court declared s. 73(2) to be inconsistent with s. 23(2) to the extent that it limited the category of persons eligible to receive minority language education. The trial judge relied on this Court's decision in *Quebec Association of Protestant School Boards* to conclude that s. 1 could not justify the s. 23(2) infringement.

18 The Attorney General of Quebec appealed the decision to the Court of Appeal, but the Solskis decided not to contest the appeal. Accordingly, the Court of Appeal authorized the intervention of the Casimir and Lacroix families. The Court of Appeal allowed the appeal: [2002] R.J.Q. 1285. It rejected

« majeure partie » énoncé au par. 73(2). Le comité de révision et le TAQ ont confirmé la décision de la personne désignée par le ministre.

V. Historique des procédures judiciaires

Pendant le recours devant le TAQ, la famille Solski a demandé à la Cour supérieure de rendre un jugement déclaratoire. Plus précisément, les Solski ont demandé à la cour de déclarer (1) que le par. 73(2) *CLF* est incompatible avec l'art. 23 de la *Charte canadienne* dans la mesure où le critère de la « majeure partie » restreint la catégorie des titulaires de droits admissibles, et (2) que les enfants Solski ont le droit, en vertu du par. 23(2), de recevoir leur enseignement secondaire en anglais au Québec. La cour a fait droit à leur demande : [2001] R.J.Q. 218. Après avoir examiné l'historique des dispositions contestées de la *CLF* et la jurisprudence relative à l'art. 23 de la *Charte canadienne*, la juge de première instance a conclu que le par. 23(2) n'établissait pas une exigence minimale. Plus particulièrement, l'emploi de l'indicatif présent « reçoit » indique que les rédacteurs entendaient conférer le droit prévu au par. 23(2) à l'enfant qui fait ses études dans la langue de la minorité au moment de la demande, peu importe celles qu'il a faites antérieurement (par. 138). La juge a également rejeté l'argument du procureur général selon lequel les enfants Solski demeuraient non admissibles du fait qu'ils avaient subséquemment fréquenté une école privée non subventionnée et qu'un tel établissement n'est pas assujetti à la *CLF* (par. 149 et suiv.). La cour a donc déclaré que le par. 73(2) était incompatible avec le par. 23(2) dans la mesure où il limitait la catégorie de personnes admissibles à l'enseignement dans la langue de la minorité. La juge de première instance s'est appuyée sur l'arrêt *Quebec Association of Protestant School Boards* de notre Cour pour conclure que cette violation du par. 23(2) ne pouvait être justifié au sens de l'article premier.

Le procureur général du Québec a appelé de cette décision devant la Cour d'appel, mais les Solski ont décidé de ne pas contester l'appel. En conséquence, la Cour d'appel a autorisé l'intervention des familles Casimir et Lacroix. L'appel a été accueilli : [2002] R.J.Q. 1285. La Cour d'appel a rejeté, pour cause

the trial judge's interpretation of s. 23(2) as it failed to accord with the purpose of s. 23. The Court of Appeal opined that the trial judge's "snapshot" approach would allow quasi-automatic access to subsidized public or private English-language school in Quebec for children of the French-speaking majority or allophones who spend a short time in unsubsidized private English-language schools. The Court of Appeal concluded that the "major part" requirement set out in s. 73(2) of the *CFL* achieves the purpose of s. 23 because it confers upon the Minister, and ultimately the Superior Court on judicial review, a discretionary power to determine which children are legitimate rights holders (para. 63). Accordingly, the Court of Appeal did not consider s. 1 of the *Canadian Charter.*

By order of Deschamps J., dated November 14, 2002, Edwidge Casimir was authorized to be substituted for Cezary and Isabella Solski as a party. Further, Ms. Lacroix did not file an application for leave to appeal the decision of the Court of Appeal and is accordingly not a party in this appeal.

VI. Analysis

Section 23 provides a comprehensive code of minority language education rights which afford special status to minority English- or French-language communities. The Court in *Mahe*, at p. 369, recognized that this special status would create inequalities between linguistic groups. See also *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609, at para. 32. Specifically, English speakers living in Quebec and French speakers living in the territories and other provinces would enjoy rights denied to other linguistic groups. Section 23 has been described as an exception to ss. 15 and 27 of the *Canadian Charter*; it is rather an example of the means to achieve substantive equality in the specific context of minority language communities. While this entrenched inequality may be the product of political compromise and negotiation, this does not mean that s. 23 rights are to be construed narrowly. The Court has confirmed on several occasions that language rights must be interpreted in a broad and purposive manner

d'incompatibilité avec l'objet de l'art. 23, l'interprétation du par. 23(2) donnée par la juge de première instance. Elle a exprimé l'avis que l'approche « ponctuelle » de la juge de première instance permettrait un accès quasi automatique à l'école anglaise privée ou publique subventionnée au Québec aux enfants de la majorité francophone ou aux allophones qui feraient un court passage à l'école privée anglaise non subventionnée. Elle a conclu que le critère de la « majeure partie » énoncé au par. 73(2) *CLF* est bien adapté à l'objet de l'art. 23, parce qu'il confère au ministre et, en fin de compte, à la Cour supérieure, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, le pouvoir discrétionnaire de déterminer quels enfants sont légitimement titulaires de droits (par. 63). Par conséquent, la Cour d'appel n'a pas examiné l'article premier de la *Charte canadienne.*

19 Dans une ordonnance datée du 14 novembre 2002, la juge Deschamps a autorisé Edwidge Casimir à se substituer à Cezary et Isabella Solski en tant que partie. De plus, M^me^ Lacroix n'a pas déposé de demande d'autorisation d'appel de la décision de la Cour d'appel et n'est donc pas partie au présent pourvoi.

VI. Analyse

20 L'article 23 établit un code complet des droits à l'instruction dans la langue de la minorité, code qui confère un statut spécial aux communautés linguistiques minoritaires anglophones ou francophones. Dans l'arrêt *Mahe*, p. 369, la Cour a reconnu que ce statut spécial créerait des inégalités entre groupes linguistiques. Voir également l'arrêt *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, par. 32. En particulier, les anglophones du Québec et les francophones des territoires et des autres provinces jouiraient de droits refusés à d'autres groupes linguistiques. L'article 23 a été qualifié d'exception aux art. 15 et 27 de la *Charte canadienne*; il est plutôt un exemple des moyens de réaliser l'égalité réelle dans le contexte particulier des communautés linguistiques minoritaires. Bien que cette inégalité consacrée puisse résulter de négociations et d'un compromis politique, il ne s'ensuit pas que les droits garantis par l'art. 23 doivent recevoir une interprétation restrictive. La Cour a confirmé, à maintes reprises, que les droits linguistiques

consistent with the preservation and promotion of both official language communities in Canada: *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 25; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, at p. 850; *Reference re Secession of Quebec*, at para. 80; *Arsenault-Cameron*, at para. 27.

21 The minority language education rights entrenched in s. 23 are national in scope and remedial in nature. At the time the section was adopted, the framers were aware of the various regimes governing the Anglophone and Francophone linguistic minorities throughout Canada and perceived these regimes as inadequate. Section 23 was intended to provide a uniform solution to remedy these inadequacies. As the Court explained in *Quebec Association of Protestant School Boards*, at pp. 79-80, where the constitutionality of the *CFL*'s education provisions was under review:

> The framers of the Constitution unquestionably intended by s. 23 to establish a general regime for the language of instruction, not a special regime for Quebec; but in view of the period when the *Charter* was enacted, and especially in light of the wording of s. 23 of the *Charter* as compared with that of ss. 72 and 73 of *Bill 101*, it is apparent that the combined effect of the latter two sections seemed to the framers like an archetype of the regimes needing reform, or which at least had to be affected, and the remedy prescribed for all of Canada by s. 23 of the *Charter* was in large part a response to these sections.

Given the national character of s. 23, the Court has interpreted the rights provided by this provision in a uniform manner from province to province: *Quebec Association of Protestant School Boards*; *Mahe*; *Reference re Public Schools Act (Man.)*; *Arsenault-Cameron*; *Doucet-Boudreau*. This is not to say however that the unique historical and social context of each province is irrelevant; rather, it must be taken into account when provincial approaches to implementation are considered, and in situations where there is need for justification under s. 1 of the *Canadian Charter*: *Ford*, at pp. 777-81.

22 In our Court, different approaches to the interpretation of s. 23 were advanced. The very nature

doivent recevoir une interprétation téléologique large et compatible avec le maintien et l'épanouissement des deux communautés linguistiques officielles du Canada : *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 25; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, p. 850; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 80; *Arsenault-Cameron*, par. 27.

Les droits à l'instruction dans la langue de la minorité consacrés à l'art. 23 ont une portée nationale et un caractère réparateur. Au moment où cette disposition a été adoptée, ses rédacteurs connaissaient et considéraient inadéquats les divers régimes applicables aux minorités linguistiques anglophones et francophones du Canada. L'article 23 était destiné à offrir une solution uniforme qui permettrait de combler les lacunes de ces régimes. Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Quebec Association of Protestant School Boards*, p. 79-80, relatif à la constitutionnalité des dispositions en matière d'enseignement contenues dans la *CLF* :

> Sans doute est-ce un régime général que le constituant a voulu instaurer au sujet de la langue de l'enseignement par l'art. 23 de la *Charte* et non pas un régime particulier pour le Québec. Mais, vu l'époque où il a légiféré, et vu surtout la rédaction de l'art. 23 de la *Charte* lorsqu'on la compare à celle des art. 72 et 73 de la *Loi 101*, il saute aux yeux que le jeu combiné de ces deux derniers articles est apparu au constituant comme un archétype des régimes à réformer ou que du moins il fallait affecter et qu'il lui a inspiré en grande partie le remède prescrit pour tout le Canada par l'art. 23 de la *Charte*.

En raison du caractère national de l'art. 23, la Cour a interprété les droits qu'il confère de façon uniforme pour toutes les provinces : *Quebec Association of Protestant School Boards*; *Mahe*; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*; *Arsenault-Cameron*; *Doucet-Boudreau*. Cependant, le contexte historique et social propre à chaque province n'est pas pour autant dépourvu de pertinence; il faut en tenir compte dans l'examen des approches adoptées par les provinces pour appliquer ces droits et dans les cas où une justification au sens de l'article premier de la *Charte canadienne* est nécessaire : *Ford*, p. 777-781.

Devant notre Cour, on a proposé diverses façons d'interpréter l'art. 23. Des parties qui avaient des

and scope of the rights to minority language education were analysed by parties that had different perceptions of present realities. For the Attorney General of Quebec, s. 23 is a provision for the implementation of community rights; for the appellant, it is about individual rights that can be exercised by qualified persons throughout Canada.

As is often the case, these two approaches are not entirely devoid of merit (C. Ryan, "L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur les droits linguistiques au Québec", Numéro spécial de la *Revue du Barreau* en marge du vingtième anniversaire de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, March 2003, 543, at p. 551). Section 23 is clearly meant to protect and preserve both official languages and the cultures they embrace throughout Canada; its application will of necessity affect the future of minority language communities. Section 23 rights are in that sense collective rights. The conditions for their application reflect this (*Doucet-Boudreau*, at para. 28): implementation depends on numbers of qualified pupils (*Mahe*, at pp. 366-67; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, at p. 850; *Arsenault-Cameron*, at para. 32). Nevertheless, these rights are not primarily described as collective rights, even though they presuppose that a language community is present to benefit from their exercise. A close attention to the formulation of s. 23 reveals individual rights in favour of persons belonging to specific categories of rights holders.

The main question in this appeal is to decide the proper interpretation of s. 23(2) of the *Canadian Charter* and whether the *CFL*'s "major part" threshold is consistent with this constitutional requirement. To do so, it is important to briefly set out the interpretation given to the "major part" requirement under s. 73(2) by the Minister and the ATQ, as well as the interpretation endorsed by the respondent, the Attorney General of Quebec.

perceptions différentes de la réalité actuelle ont analysé la nature et la portée mêmes des droits à l'enseignement dans la langue de la minorité. Pour le procureur général du Québec, l'art. 23 est une disposition régissant l'application de droits collectifs; pour l'appelante, cet article concerne des droits individuels que les personnes admissibles peuvent exercer partout au Canada.

23 Comme c'est souvent le cas, ni l'une ni l'autre des interprétations n'est totalement dénuée de fondement (C. Ryan, « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur les droits linguistiques au Québec », Numéro spécial de la *Revue du Barreau* en marge du vingtième anniversaire de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mars 2003, 543, p. 551). L'article 23 vise clairement à protéger et à préserver, partout au Canada, les deux langues officielles et les cultures qui s'y rattachent; son application touche forcément l'avenir des communautés linguistiques minoritaires. Les droits garantis par l'art. 23 sont, dans ce sens, des droits collectifs, ce que reflètent d'ailleurs les conditions assortissant leur exercice (*Doucet-Boudreau*, par. 28). Leur application dépend du nombre d'élèves admissibles (*Mahe*, p. 366-367; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, p. 850; *Arsenault-Cameron*, par. 32). Néanmoins, bien qu'ils présupposent l'existence d'une communauté linguistique susceptible d'en bénéficier, ces droits ne se définissent pas avant tout comme des droits collectifs. Un examen attentif de la formulation de l'art. 23 révèle qu'il s'agit de droits individuels en faveur de personnes appartenant à des catégories particulières de titulaires de droits.

24 Il s'agit principalement, en l'espèce, de décider quelle interprétation doit être donnée au par. 23(2) de la *Charte canadienne* et si le critère de la « majeure partie », établi dans la *CLF*, est compatible avec l'exigence constitutionnelle que formule ce paragraphe. À cette fin, il importe d'énoncer brièvement l'interprétation que le ministre et le TAQ ont donnée du critère de la « majeure partie » établi au par. 73(2), de même que celle adoptée par l'intimé le procureur général du Québec.

A. *Section 73: The "Major Part" Requirement*

25 Section 73(2) of the *CFL* establishes the eligibility requirements for a child to receive instruction in English in Quebec. It provides:

73. The following children, at the request of one of their parents, may receive instruction in English:

. . .

(2) a child whose father or mother is a Canadian citizen and who has received or is receiving elementary or secondary instruction in English in Canada, and the brothers and sisters of that child, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary or secondary instruction received by the child in Canada.

The Minister has interpreted the "major part" requirement in a disjunctive and strictly mathematical manner. The Minister will consider either the child's primary school attendance or the child's secondary school attendance, but will not consider them cumulatively (appellant's record, vol. III, at pp. 400-435). Further, the Minister will determine eligibility solely on the basis of the number of months spent in each language. Other factors, including the availability of linguistic programs and the presence of learning disabilities or other difficulties, which are developed below, are not considered. The ATQ has adopted this interpretation: *Affaires sociales — 288*, [1999] T.A.Q. 269; *S.A. v. Comité de révision sur la langue d'enseignement*, [2001] T.A.Q. 935; *J.B. v. Comité de révision sur la langue d'enseignement*, [2002] T.A.Q. 15.

26 This strict mathematical approach is also advocated by the Attorney General of Quebec. The Attorney General argues that the "major part" requirement evidences a sufficient link between the child and the minority language community. In his view, the existence of a sufficient link is necessary to achieve the purpose of s. 23, which is to guarantee instruction in the minority language to members of a particular language community. The sufficient link requirement precludes those members of the allophone or majority language community from obtaining English instruction preferentially (respondent's factum, at paras. 50, 67-68).

A. *Article 73 : le critère de la « majeure partie »*

Le paragraphe 73(2) *CLF* énonce les conditions d'admissibilité d'un enfant à l'enseignement en anglais au Québec. En voici le texte :

73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de l'un de leurs parents :

. . .

2° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada;

Le ministre interprète le critère de la « majeure partie » de façon disjonctive et strictement mathématique. Il tient compte de la fréquentation de l'école primaire ou de l'école secondaire par un enfant, mais non des deux à la fois (dossier de l'appelant, vol. III, p. 400-435). De plus, il décide de l'admissibilité uniquement en fonction du nombre de mois passés à étudier dans chaque langue, sans tenir compte d'autres facteurs comme l'existence de programmes linguistiques ou de problèmes d'apprentissage ou d'autres difficultés, dont il sera question plus loin. Le TAQ a adopté cette interprétation : *Affaires sociales — 288*, [1999] T.A.Q. 269; *S.A. c. Comité de révision sur la langue d'enseignement*, [2001] T.A.Q. 935; *J.B. c. Comité de révision sur la langue d'enseignement*, [2002] T.A.Q. 15.

Le procureur général du Québec préconise lui aussi cette interprétation mathématique restrictive. Il soutient que le critère de la « majeure partie » révèle l'existence ou non d'un lien suffisant entre l'enfant et la communauté linguistique minoritaire. Selon lui, l'existence d'un lien suffisant est nécessaire à la réalisation de l'objet de l'art. 23, qui est de garantir l'instruction dans la langue de la minorité aux membres d'une communauté linguistique particulière. La condition requérant l'existence d'un lien suffisant empêche les allophones ou les membres de la majorité linguistique de recevoir leur enseignement en anglais à titre de

The Attorney General of Quebec submits that each provincial legislature may legitimately establish the qualifications for attending minority language schools as part of their legislative powers over education (respondent's factum, at paras. 73-74). According to the Attorney General of Quebec, the "major part" threshold offers an objective and easily discernible standard that serves as a constitutionally permissible proxy for the sufficient link requirement (respondent's factum, at para. 65).

traitement de faveur (mémoire de l'intimé, par. 50, 67-68). Il ajoute que chaque législature provinciale peut, en vertu de sa compétence en matière d'éducation, établir les conditions requises pour fréquenter les écoles de la minorité linguistique (mémoire de l'intimé, par. 73-74). Il estime que le critère de la « majeure partie » établit une norme objective et facile à comprendre qui sert de substitut constitutionnellement acceptable à la condition requérant l'existence d'un lien suffisant (mémoire de l'intimé, par. 65).

We cannot accept that the strict mathematical approach is consistent with s. 23(2) of the *Canadian Charter*. Section 23(2) is designed to identify a single category of beneficiaries. It must receive a broad interpretation consistent with the constitutional objective of protecting minority language communities.

27 Nous ne pouvons accepter que l'interprétation mathématique restrictive puisse être compatible avec le par. 23(2) de la *Charte canadienne*. Ce paragraphe a pour objet d'identifier une seule catégorie de bénéficiaires. Il doit être interprété de manière large et compatible avec l'objectif constitutionnel de protection des communautés linguistiques minoritaires.

Based on the proper interpretation of s. 23(2), which we will set out in detail below, we are of the view that in order to comply with this constitutional provision, the *CFL*'s "major part" requirement must involve a qualitative rather than a strict quantitative assessment of the child's educational experience through which it is determined if a significant part, though not necessarily the majority, of his or her instruction, considered cumulatively, was in the minority language. Indeed, the past and present educational experience of the child is the best indicator of genuine commitment to a minority language education. The focus of the assessment is both subjective, in that it is necessary to examine all of the circumstances of the child, and objective, in that the Minister, the ATQ and the courts must determine whether the admission of a particular child is, in light of his or her personal circumstances and educational experience, past and present, consistent with the general purposes of s. 23(2) and, in particular, the need to protect, preserve and reinforce the minority language community by granting individual rights to a specific category of beneficiaries.

28 Compte tenu de l'interprétation que doit recevoir le par. 23(2) et que nous allons exposer en détail plus loin, nous estimons que, pour respecter cette disposition constitutionnelle, le critère de la « majeure partie » qu'établit la *CLF* doit comporter une évaluation qualitative plutôt que strictement quantitative du cheminement scolaire de l'enfant, évaluation permettant de déterminer si cet enfant a reçu une partie importante — sans qu'il s'agisse nécessairement de la plus grande partie — de son instruction, considérée globalement, dans la langue de la minorité. En fait, le cheminement scolaire antérieur et actuel est le meilleur indice d'engagement authentique à cheminer dans la langue d'enseignement de la minorité. Cette évaluation est à la fois subjective, en ce sens qu'il est nécessaire d'examiner l'ensemble de la situation de l'enfant, et objective, en ce sens que le ministre, le TAQ et les tribunaux judiciaires doivent déterminer si, compte tenu de la situation personnelle de l'enfant et de son cheminement scolaire antérieur et actuel, l'admission de celui-ci cadre avec l'objet général du par. 23(2) et, en particulier, avec la nécessité de protéger et de renforcer la communauté linguistique minoritaire en conférant des droits individuels à une catégorie particulière de bénéficiaires.

B. *Section 23(2): Continuity of Language Instruction*

29 Section 23(2) of the *Canadian Charter* provides minority language education rights that are concerned with the language of instruction of the child rather than the language of instruction of the parents. As with s. 23(1)(*b*), the rights holders are the parents even though the language of instruction of the child is the qualifying standard. Section 23(2) states:

23. . . .

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

As discussed earlier, the proper interpretation of s. 23(2) must be purposive; it must reflect the remedial nature of the provision and it must be consistent with the intent to adopt a uniform set of minimum rights which in fact restrict provincial jurisdiction over education.

30 The specific purpose of s. 23(2) is to provide continuity of minority language education rights, to accommodate mobility and to ensure family unity. The framers intended that a child who has received or is receiving his or her education in one official language should be able to complete it in that language when it is the minority language. The Honourable Mr. Jean Chrétien, then Minister of Justice, explained:

Mr. Speaker, this government holds the view that such rights must be protected in the constitution because they are fundamental to what Canada is all about. When minority language education rights are taken away, the right to take up a job in any part of Canada is seriously impaired. English-speaking Canadians, if they move to Quebec, want to have the right to send their children to school in their own language. . . .

Similarly French-speaking Canadians do not want to move to other parts of Canada unless they can send their children to school in their own language. The only way to achieve this is to guarantee such rights in the constitution. In effect, without a guarantee of minority

B. *Paragraphe 23(2) : continuité d'emploi de la langue d'instruction*

Les droits à l'instruction dans la langue de la minorité garantis au par. 23(2) de la *Charte canadienne* ont trait à la langue d'instruction de l'enfant plutôt qu'à celle des parents. Comme dans le cas de l'al. 23(1)*b*), les titulaires de droits sont les parents, même si la norme d'application est celle de la langue d'instruction de l'enfant. Le paragraphe 23(2) est ainsi conçu :

23. . . .

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

Comme nous l'avons vu, le par. 23(2) doit recevoir une interprétation téléologique; cette interprétation doit refléter sa nature réparatrice et être compatible avec l'intention d'adopter un ensemble uniforme de droits minimums qui, dans les faits, limitent la compétence provinciale en matière d'éducation.

Le paragraphe 23(2) a pour objet précis de garantir le droit à la continuité de l'instruction dans la langue de la minorité, de préserver l'unité familiale et de favoriser la liberté de circulation et d'établissement. Les rédacteurs voulaient qu'un enfant qui a étudié ou qui étudie dans une langue officielle puisse terminer ses études dans cette langue, là où elle est minoritaire. Voici ce qu'a expliqué le ministre de la Justice de l'époque, l'honorable Jean Chrétien :

L'opinion de ce gouvernement, monsieur le président, est à l'effet que de tels droits doivent être protégés par la Constitution, parce qu'ils sont essentiels à la nature même du Canada. Si l'on enlève le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, l'on met sérieusement en danger le droit d'avoir un emploi n'importe où au Canada. Les Canadiens de langue anglaise qui viennent s'installer au Québec veulent avoir le droit d'envoyer leurs enfants dans une école où la langue d'instruction est l'anglais. . .

De même, les Canadiens de langue française ne veulent pas s'installer dans d'autres régions du Canada à moins qu'ils ne puissent envoyer leurs enfants dans une école où l'instruction est offerte dans leur langue. La seule façon de remédier à cette situation est de

language education rights, there can be no full mobility rights.

(*House of Commons Debates*, vol. III, 1st Sess., 32nd Parl., October 6, 1980, at p. 3286)

The title of the provision, "Continuity of language instruction", accords with this interpretation. Further, once one sibling has received or is receiving minority language education, all other siblings are entitled to receive instruction in the minority language as well. P. Foucher, in "Les droits scolaires des minorités linguistiques", in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (3rd ed. 1996), 16-1, at p. 16-12, confirms that family unity is an integral aspect of this provision.

Nevertheless, many persons qualify under s. 23 without being "of the minority", even Francophones in provinces other than Quebec who have chosen English education for their children. In this respect, s. 23(2) applies without regard to the fact that qualified parents or children may not be French or English, or may not speak those languages at home, despite the fact that the ultimate goal of s. 23 is to protect and promote minority language communities. The conditions for qualification under s. 23 reflect the fact that new Canadians in particular will decide to adopt one or the other official languages, or both, as participants in the Canadian language regime. We now consider what interpretation of s. 23(2) accords with this purpose.

The first part of the phrase "has received or is receiving" is also reflected in s. 23(1)(*b*), which entitles parents who have received their primary school instruction in English or French to have their children educated in that language if it is the minority language in the province. The words "has received" or "have received" connote a reference to one's "school record" or "educational experience", or "*parcours scolaire*" if one is referring to the

garantir ces droits dans la Constitution. D'ailleurs, sans une garantie des droits à l'instruction dans la langue de la minorité, il ne peut y avoir entière liberté de circulation et d'établissement.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 1re sess., 32e lég., 6 octobre 1980, p. 3286)

L'intitulé de cette disposition, « Continuité d'emploi de la langue d'instruction », s'harmonise avec cette interprétation. De plus, lorsqu'un enfant a reçu ou reçoit son instruction dans la langue de la minorité, ses frères et sœurs ont également droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Dans l'article intitulé « Les droits scolaires des minorités linguistiques », qui figure dans l'ouvrage de G.-A. Beaudoin et E. P. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (3e éd. 1996), 941, p. 953, P. Foucher confirme que l'unicité de la famille est un aspect fondamental de cette disposition.

31 Cependant, de nombreuses personnes remplissent les conditions requises par l'art. 23 sans appartenir à la minorité, même les francophones hors Québec qui ont choisi de faire instruire leurs enfants en anglais. À cet égard, même si, en définitive, l'art. 23 vise la protection et l'épanouissement des communautés linguistiques minoritaires, le par. 23(2) s'applique, indépendamment de la possibilité que les parents ou les enfants admissibles ne soient pas francophones ou anglophones ou qu'ils ne parlent pas ces langues à la maison. Les conditions qui doivent être remplies en vertu de l'art. 23 reflètent le fait que les néocanadiens décident notamment d'adopter l'une ou l'autre langue officielle, ou les deux à la fois, en tant que participants au régime linguistique canadien. Nous allons maintenant examiner quelle interprétation du par. 23(2) s'harmonise avec cet objet.

32 Les termes « a reçu », utilisés dans l'expression « a reçu ou reçoit », apparaissent également (quoique à la troisième personne du pluriel : « ont reçu ») à l'al. 23(1)*b*), qui donne aux parents ayant reçu leur instruction en français ou en anglais au niveau primaire le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de cette instruction lorsqu'elle constitue la langue de la minorité dans la province où ils habitent. Les termes « a reçu » ou « ont reçu » évoquent

expression used by the Court of Appeal in this case. In both ss. 23(1)(*b*) and 23(2), the object of the provisions is the same. A similar approach must be used in their interpretation.

33 Provincial legislation that establishes criteria regarding the educational experience of the child is helpful. These criteria must, however, accord with the purpose of s. 23. This purpose indicates that s. 23 is both a social and collective right, and an individual and civil right. It must indeed be noted here again that children qualified under s. 23 are not required to have a working knowledge of the minority language, or to be members of a cultural group that identifies with the minority language. The section is remedial. In previous cases, this Court has insisted that s. 23 must be interpreted so as to facilitate the reintegration of children who have been isolated from the cultural community the minority school is designed to protect and develop. Section 23(2) in particular facilitates mobility and continuity of education in the minority language, though change of residence is not a condition for the exercise of the right. As noted, s. 23 is also meant to apply to some members of cultural communities that are neither French nor English. To purposefully assess the requirement for participation in s. 23(2), therefore, all the circumstances of the child must be considered including the time spent in each program, at what stage of education the choice of language of instruction was made, what programs are or were available, and whether learning disabilities or other difficulties exist. In this way, it is possible to determine whether a child's overall educational experience is sufficient to meet the requirements of s. 23(2).

34 The application of s. 23 is contextual. It must take into account the very real differences between the situations of the minority language community in Quebec and the minority language communities of the territories and the other provinces. The latitude

le « dossier scolaire », le « cheminement scolaire » ou encore le « parcours scolaire », pour reprendre l'expression utilisée par la Cour d'appel en l'espèce. L'alinéa 23(1)*b*) et le par. 23(2) partagent le même objet et doivent être interprétés de la même façon.

Une mesure législative provinciale établissant des critères applicables au cheminement scolaire de l'enfant est utile. Toutefois, ces critères doivent s'harmoniser avec l'objet de l'art. 23. Il ressort de cet objet que l'art. 23 garantit à la fois un droit social et collectif et un droit civil et individuel. En fait, il faut souligner là encore que, pour être admissibles sous le régime de l'art. 23, les enfants n'ont pas à posséder une connaissance pratique de la langue de la minorité ni à appartenir à un groupe culturel identifié à cette langue. Cet article est une disposition réparatrice. Dans des arrêts antérieurs, notre Cour a tenu à préciser que l'art. 23 doit être interprété de manière à faciliter la réintégration, dans la communauté culturelle que l'école de la minorité est censée protéger et contribuer à épanouir, des enfants qui ont été isolés de cette communauté. Le paragraphe 23(2), en particulier, favorise la liberté de circulation et d'établissement ainsi que la continuité de l'instruction dans la langue de la minorité, même si le changement de lieu de résidence n'est pas une condition d'exercice du droit garanti. Comme nous l'avons vu, l'art. 23 est également censé s'appliquer à des membres de communautés culturelles qui ne sont ni francophones ni anglophones. Pour procéder à une évaluation téléologique du critère d'admissibilité prévu au par. 23(2), il faut donc prendre en considération l'ensemble de la situation de l'enfant, y compris le temps passé dans chaque programme, l'étape des études à laquelle le choix de la langue d'instruction a été fait, les programmes qui sont offerts ou qui l'étaient et l'existence ou non de problèmes d'apprentissage ou d'autres difficultés. De cette façon, il est possible de déterminer si le cheminement scolaire global d'un enfant satisfait aux exigences du par. 23(2).

L'application de l'art. 23 est contextuelle. Elle doit tenir compte des disparités très réelles qui existent entre la situation de la communauté linguistique minoritaire du Québec et celle des communautés linguistiques minoritaires des territoires et

given to the provincial government in drafting legislation regarding education must be broad enough to ensure the protection of the French language while satisfying the purposes of s. 23. As noted by Lamer C.J. in *Reference re Public Schools Act (Man.)*, at p. 851, "different interpretative approaches may well have to be taken in different jurisdictions, sensitive to the unique blend of linguistic dynamics that have developed in each province".

des autres provinces. Le gouvernement provincial appelé à légiférer en matière d'éducation doit disposer de la latitude suffisante pour assurer la protection de la langue française tout en respectant les objectifs de l'art. 23. Comme l'a souligné le juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, p. 851, « il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province ».

The pertinent question, then, is whether the "major part" requirement is consistent with the purpose of s. 23(2) and capable of ensuring that the children meant to be protected will actually be admitted to minority language schools. In our view, the "major part" requirement as interpreted by the ATQ is underinclusive; it does not achieve the purpose of s. 23(2) and, therefore, cannot be said to complete it or to act as a valid substitute for it. Thus, the "major part" requirement cannot be saved unless it is interpreted such that the word "major" is given a qualitative rather than a quantitative meaning.

35 La question pertinente consiste donc à se demander si le critère de la « majeure partie » est compatible avec l'objet du par. 23(2) et s'il peut garantir que les enfants qu'il est censé protéger seront admis dans des écoles de la minorité linguistique. À notre avis, selon l'interprétation qu'en donne le TAQ, ce critère a une portée trop limitée; il ne permet pas de réaliser l'objet du par. 23(2) et on ne saurait donc dire qu'il le complète ou qu'il lui sert de substitut valable. Par conséquent, le critère de la « majeure partie » ne peut être sauvegardé que si on donne à l'adjectif « majeure » un sens qualitatif plutôt que quantitatif.

Reading down s. 73 to keep it within the permissible scope of s. 23 of the *Canadian Charter* (*Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2) is warranted in cases where the "bulk of the legislative policy to be accomplished [is allowed], while trimming off those applications that are constitutionally bad": P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4th ed. 1997), at p. 401. Reading down is also consistent with the presumption that legislation is enacted to comply "with the norms embodied in Canada's entrenched Constitution": R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 367.

36 Le fait de donner à l'art. 73 une interprétation atténuante pour qu'il reste dans le champ des mesures autorisées par l'art. 23 de la *Charte canadienne* (*Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2) est justifié, s'agissant d'un cas où une telle opération permet [TRADUCTION] « de mettre en œuvre l'essentiel de la politique législative, tout en éliminant les applications qui sont inconstitutionnelles » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4e éd. 1997), p. 401. L'application d'une interprétation atténuante est également compatible avec la présomption que les lois édictées par le législateur sont censées respecter [TRADUCTION] « les normes consacrées dans la Constitution canadienne » : R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 367.

The strict mathematical approach lacks flexibility and may even exclude a child from education vital to maintaining his or her connection with the

37 L'interprétation mathématique restrictive manque de souplesse et peut même avoir pour effet d'empêcher un enfant de recevoir un enseignement

minority community and culture. For example, a child who has completed grades 1, 2 and 3 in French and grades 4, 5 and 6 in English may have formed a sufficient link with the minority language community, but would not qualify under s. 73(2). It might also be that the language learned in the last three years may provide a better marker than that learned in the first three years. Too many relevant factors are ignored. In short, the strict approach mandated by the Minister of Education fails to deal fairly with many persons who must be qualified under a purposive interpretation of s. 23(2) of the *Canadian Charter.*

(1) Scope of Section 23(2)

38 A number of factors, including those mentioned above (i.e., the time spent in each program, at what stage of education the choice of language of instruction was made, what programs are or were available, and whether learning disabilities or other difficulties exist), may be considered in the course of a qualitative assessment of a child's overall educational experience in order to determine if it is sufficient to meet the requirements of s. 23(2). In the sections that follow, we will discuss the factors mentioned above; however, it must be acknowledged that the relevance of each factor will vary with the facts of each case and other factors may also arise depending on the circumstances of the particular child and his or her educational experience, past and present.

(2) Factors to Consider

(a) *How Much Time Was Spent in Each Program?*

39 Although it is not a conclusive factor, it is nonetheless important to consider the time a child spent in the minority language program, cumulatively, at the primary and secondary levels, where relevant, when determining if that child's total educational experience is sufficient to meet the requirements

essentiel au maintien de son lien avec la communauté et la culture minoritaires. Par exemple, un enfant qui a fait ses première, deuxième et troisième années en français et ses quatrième, cinquième et sixième années en anglais pourrait avoir formé un lien suffisant avec la communauté linguistique minoritaire, sans toutefois remplir les conditions requises par le par. 73(2). Il se pourrait également que la langue apprise au cours des trois dernières années représente un meilleur indice que celle apprise pendant les trois premières années. Trop de facteurs pertinents sont passés sous silence. Bref, l'interprétation restrictive préconisée par le ministre de l'Éducation ne permet pas de traiter équitablement de nombreuses personnes qui doivent être considérées admissibles selon une interprétation téléologique du par. 23(2) de la *Charte canadienne.*

(1) La portée du par. 23(2)

Il est possible, en évaluant de manière qualitative le cheminement scolaire global d'un enfant pour déterminer s'il satisfait aux exigences du par. 23(2), de tenir compte d'un certain nombre de facteurs, y compris ceux mentionnés précédemment (c'est-à-dire le temps passé dans chaque programme, l'étape des études à laquelle le choix de la langue d'instruction a été fait, les programmes qui sont offerts ou qui l'étaient et l'existence ou non de problèmes d'apprentissage ou d'autres difficultés). Dans les paragraphes qui suivent, nous allons analyser les facteurs susmentionnés. Il faut toutefois reconnaître que la pertinence de chaque facteur varie selon les faits de chaque cas et que la situation et le cheminement scolaire antérieur et actuel de l'enfant en question peuvent également faire intervenir d'autres facteurs.

(2) Les facteurs à considérer

a) *Combien de temps a été passé dans chaque programme?*

Bien qu'il ne s'agisse pas d'un facteur déterminant, il est néanmoins important de prendre en considération la période totale — études primaires et secondaires combinées — que l'enfant a passée dans le programme d'enseignement dans la langue de la minorité pour déterminer si l'ensemble de

of s. 23(2). This factor is relevant because the more time a child spends in such a program, the easier it is to find a true intention to adopt that language of instruction over the other; this factor is a marker of an existing affiliation with the official minority language community. It cannot be enough, in light of the objectives of s. 23, for a child to be registered for a few weeks or a few months in a given program to conclude that he or she qualifies for admission, with his or her siblings, in the minority language programs of Quebec.

Since the time spent by a child in the minority language education program may evidence a more significant connection with the language of the minority than that of the majority, the purpose of s. 23(2) to provide continuity of minority language education rights, to accommodate mobility and to ensure family unity is engaged. The question of whether there is a sufficient connection with the language of the minority must therefore be viewed from both a subjective and an objective perspective. Subjectively, do the circumstances show an intention to adopt the minority language as the language of instruction? Objectively, do the educational experiences and choices to date support such a connection?

That being said, it is important to remember that s. 23(2) of the *Canadian Charter* does not specify a minimum amount of time a child must spend in a minority language education program before his or her educational experience can qualify under s. 23(2), nor does it require that the time spent in the minority language education program be greater than the time spent in the majority language education program. Thus, this factor must not be applied in a strict, mathematical matter. Nor should it be considered in isolation. Rather, the time spent in each program must be considered in concert with the other factors discussed below and always in light of the purposes of s. 23(2).

son cheminement scolaire satisfait aux exigences du par. 23(2). La pertinence de ce facteur découle du fait que plus un enfant passe du temps dans un programme, plus il est facile de conclure à l'existence d'une intention réelle d'adopter cette langue d'enseignement plutôt que l'autre; ce facteur est un indice de l'appartenance à la communauté linguistique minoritaire officielle. Compte tenu des objectifs de l'art. 23, il ne suffit pas qu'un enfant soit inscrit depuis quelques semaines ou quelques mois à un programme donné pour qu'il soit possible de conclure que cet enfant ainsi que ses frères et sœurs sont admissibles aux programmes d'enseignement dans la langue de la minorité au Québec.

40 Étant donné que le temps qu'un enfant passe dans le programme d'enseignement dans la langue de la minorité peut témoigner de l'existence d'un lien plus important avec cette langue qu'avec celle de la majorité, l'objet du par. 23(2) — qui est de garantir le droit à la continuité de l'instruction dans la langue de la minorité, de préserver l'unité familiale et de favoriser la liberté de circulation et d'établissement — entre en jeu. Par conséquent, il faut examiner, tant d'un point de vue subjectif que d'un point de vue objectif, la question du caractère suffisant du lien avec la langue de la minorité. Du point de vue subjectif, les circonstances révèlent-elles une intention d'adopter la langue de la minorité comme langue d'enseignement? Du point de vue objectif, le cheminement scolaire et les choix faits à cet égard étayent-ils l'existence d'un tel lien jusqu'à maintenant?

41 Cela dit, il importe de rappeler que le par. 23(2) de la *Charte canadienne* ne précise pas de période minimale que l'enfant devrait passer dans un programme d'enseignement dans la langue de la minorité pour que son cheminement scolaire satisfasse aux exigences de ce paragraphe. Il n'exige pas non plus que l'enfant ait passé plus de temps dans le programme d'enseignement de la minorité que dans celui de la majorité. Ce facteur ne doit donc pas être appliqué d'une manière strictement mathématique, ni considéré isolément. Il faut plutôt considérer le temps passé dans chaque programme conjointement avec les autres facteurs analysés plus loin, et ce, au regard toujours de l'objet du par. 23(2).

(b) *At What Stage of Education Was the Choice of Language of Instruction Made?*

42 Another factor that may be relevant in determining whether a child's educational experience is sufficient to meet the requirements of s. 23(2) will be the stage of education at which the choice of language of instruction was made. It may be important to consider what education came first. In some cases the initial choice of language will be a better indicator of intention to permanently adopt one language rather than the other; in other cases it will not. The reasons behind any change may be revealing. Choosing the minority language as one enters secondary school might also evidence a stronger, more informed commitment to that language than if the choice was made during the early, primary years of schooling, given the more stringent academic demands associated with secondary education, as well as its impact on post-secondary education opportunities. As stated above, once a commitment to instruction in the minority language is shown on the facts of the case, the purpose of s. 23(2) to provide continuity of minority language education rights, to accommodate mobility and to ensure family unity is engaged.

b) *À quelle étape des études le choix de la langue d'instruction a-t-il été fait?*

L'étape des études à laquelle le choix de la langue d'instruction a été fait est un autre facteur qui peut se révéler utile pour décider si le cheminement scolaire d'un enfant satisfait aux exigences du par. 23(2). Il peut également s'avérer important de se demander quelle a été la première langue d'enseignement. Dans certains cas, la première langue choisie est un meilleur indice de l'intention d'adopter de façon permanente une langue de préférence à l'autre; dans d'autres cas, elle ne l'est pas. Les raisons d'un changement peuvent être révélatrices. S'il est fait au moment d'entrer à l'école secondaire, le choix de la langue de la minorité peut témoigner d'un engagement plus ferme et plus éclairé envers cette langue que s'il avait été fait dès les premières années du primaire, et ce, en raison des exigences scolaires plus strictes que comporte l'enseignement secondaire, ainsi que de son incidence sur les possibilités qui s'ouvriront en matière d'études postsecondaires. Comme nous l'avons vu, lorsque les faits révèlent un engagement à cheminer dans la langue d'enseignement de la minorité, l'objet du par. 23(2) — qui est de garantir le droit à la continuité de l'instruction dans la langue de la minorité, de préserver l'unité familiale et de favoriser la liberté de circulation et d'établissement — entre en jeu.

(c) *What Programs Are or Were Available?*

43 In determining whether a child's education experience is sufficient to meet the requirements of s. 23(2), it is also important to consider the past and present availability of minority language education programs. For example, if a child completes grade 1 in the minority language but then spends the next three school years in an area where minority language is unavailable, it is clear that he or she has not received the "major part" of his or her education to date in the minority language under the restrictive interpretation of s. 73 of the *CFL*. However, under a purposive interpretation of s. 23(2) of the *Canadian Charter*, the time spent in the majority language educational system, when a minority language school was unavailable, ought not to be considered as indicative of a choice to adopt the

c) *Quels programmes sont offerts ou l'étaient?*

Pour déterminer si le cheminement scolaire d'un enfant satisfait aux exigences du par. 23(2), il importe aussi de se demander quels programmes d'enseignement dans la langue de la minorité sont offerts ou l'étaient. Par exemple, si un enfant fait sa première année dans la langue de la minorité, mais passe ensuite les trois années scolaires subséquentes dans une région où la langue de la minorité n'est pas utilisée, il est clair que, selon l'interprétation restrictive de l'art. 73 *CLF*, il n'aura pas reçu la « majeure partie » de son enseignement dans la langue de la minorité. Cependant, selon une interprétation téléologique du par. 23(2) de la *Charte canadienne*, le temps passé dans le système d'enseignement dans la langue de la majorité ne doit pas être considéré comme indiquant un choix de cette langue comme

majority language as the child's language of instruction. One aspect of the purpose of s. 23(2) is to accommodate mobility. This purpose would be frustrated and parents and their children, as well as the minority language community as a whole, would be unjustly penalized if children were barred from continuing with instruction in the minority language once they moved to an area in which it was available again simply because they temporarily lived in an area in which it was unavailable. There again it is obvious that the situation of students moving to Quebec will be unique, the availability of instruction in English in the territories and other provinces being unquestioned. As mentioned earlier, the geographical context is always important.

It is also important to consider the availability of minority language education programs from a socio-cultural perspective and with respect to the circumstances of each child. When considering the situation in a province other than Quebec, one must remember that a child could have been sent to a majority language school by assimilated parents who then, in the latter stages of the child's educational experience, have changed their minds and sent the child to a minority language school in order to help the child reintegrate the minority language community and adopt its culture. It may be that the choice to enrol the child in a minority language education program, even though the program may have been available throughout the child's educational experience, did not become a viable choice until the child's assimilated parents decided to help their child reforge a connection with the minority language community and culture. In this context, the remedial purpose of s. 23(2) is engaged, and, as stated above, this right must be interpreted so as to facilitate the reintegration of children who have been isolated from the cultural community the minority school is designed to protect and develop. In these circumstances, it would be beneficial and in line with the purpose of s. 23(2) for the siblings of this child to receive minority language education. All this is to emphasize that the application of s. 23 must

langue d'instruction de l'enfant dans le cas où aucune école de la minorité linguistique n'était disponible. Le paragraphe 23(2) vise notamment à favoriser la liberté de circulation et d'établissement. Cet objet serait contrecarré et les parents et leurs enfants, de même que l'ensemble de la communauté linguistique minoritaire, seraient injustement pénalisés si, au moment où ils déménagent dans une région où l'enseignement dans la langue de la minorité est disponible, des enfants étaient empêchés de poursuivre leurs études dans cette langue simplement parce qu'ils ont vécu temporairement dans une région où l'enseignement en question n'était pas offert. Là encore, il est évident que la situation des élèves qui déménagent au Québec est unique, du fait que la possibilité de recevoir un enseignement en anglais dans les territoires et les autres provinces n'est pas contestée. Comme nous l'avons vu, le contexte géographique a toujours de l'importance.

44 Il importe également d'adopter un point de vue socioculturel et de tenir compte de la situation de chaque enfant pour déterminer si des programmes d'enseignement dans la langue de la minorité sont offerts ou l'étaient. En examinant la situation qui existe dans une province autre que le Québec, il faut se rappeler qu'il se pourrait que des parents assimilés aient envoyé leur enfant à l'école de la majorité linguistique et que, dans la dernière portion du cheminement scolaire de l'enfant, ils se soient ravisés et l'aient inscrit à l'école de la minorité linguistique pour l'aider à réintégrer la communauté linguistique minoritaire et à en adopter la culture. Il se peut que l'enfant ait disposé d'un programme d'enseignement dans la langue de la minorité pendant tout son cheminement scolaire, mais que le choix de l'y inscrire ne soit devenu viable que lorsque les parents assimilés ont décidé de l'aider à rétablir des liens avec la communauté linguistique minoritaire et sa culture. Dans ce contexte, l'objet réparateur du par. 23(2) entre en jeu et, comme nous l'avons vu, le droit qu'il garantit doit être interprété de manière à faciliter la réintégration, dans la communauté culturelle que l'école de la minorité est censée protéger et contribuer à épanouir, des enfants qui ont été isolés de cette communauté. Dans ces circonstances, il serait bon et conforme à l'objet du par. 23(2) que les frères et sœurs de cet enfant reçoivent leur instruction dans

take into account the very real differences between the situation of the minority language community in Quebec and the minority language communities in the territories and other provinces. Therefore, while certain educational experiences may not qualify for minority language education under the "major part" requirement, defined qualitatively, in s. 73 of the *CFL*, this does not mean that they could not qualify under other provincial minority language education legislative schemes, which are necessarily responsive to their own province's unique historical and social context.

(d) *Do Learning Disabilities or Other Difficulties Exist?*

45 Another relevant factor in some circumstances will be whether the child is having difficulty learning in one language as compared to the other. For example, if a child completes grades 1, 2 and 3 in the minority language and then switches to the majority language for grades 4, 5 and 6 and experiences learning difficulties in that language, it would be unacceptably punitive to force that child to continue in the majority language, especially when it may be that the child has made a more significant connection with the minority language community, given the fact that he or she finds that instruction in that language is more conducive to learning.

(3) Summary

46 A "major part" requirement, defined qualitatively, i.e., as meaning a "significant part", as described in para. 28 is a valid qualifier for "*parcours scolaire*" or "educational experience". The "major part" requirement must make room for the nuances and subjectivity required to determine whether the admission of a particular child, considering his or her personal circumstances, is consistent with the objectives of s. 23 and the specific need to protect and reinforce the minority language community.

la langue de la minorité. Tout cela pour souligner que l'application de l'art. 23 doit tenir compte des disparités très réelles qui existent entre la situation de la communauté linguistique minoritaire du Québec et les communautés linguistiques minoritaires des territoires et des autres provinces. Par conséquent, bien qu'il soit possible que certains cheminements scolaires ne rendent pas admissibles à l'enseignement dans la langue de la minorité suivant une définition qualitative du critère de la « majeure partie » énoncé à l'art. 73 *CLF*, cela ne signifie pas qu'ils ne pourraient pas y donner ouverture dans le cadre d'autres régimes législatifs provinciaux d'enseignement dans la langue de la minorité, chaque régime tenant nécessairement compte du contexte historique et social particulier de la province qui l'adopte.

d) *Existe-t-il des problèmes d'apprentissage ou d'autres difficultés?*

Dans certains cas, les problèmes d'apprentissage dans une langue en particulier constituent un autre facteur pertinent. Par exemple, si un enfant fait ses première, deuxième et troisième années dans la langue de la minorité, puis ses quatrième, cinquième et sixième années dans la langue de la majorité, et qu'il éprouve des problèmes d'apprentissage dans cette langue, cet enfant sera pénalisé de manière inacceptable s'il est forcé de poursuivre ses études dans la langue de la majorité, particulièrement s'il a établi des liens plus étroits avec la communauté linguistique minoritaire, vu le fait qu'il juge plus facile de recevoir son instruction dans la langue de la minorité.

(3) Sommaire

Le critère de la « majeure partie », s'il est défini qualitativement, c'est-à-dire au sens de « partie importante », comme nous l'avons fait au par. 28, apporte une précision valable à l'expression « parcours ou cheminement scolaire ». Le critère de la « majeure partie » doit se prêter aux nuances et à la subjectivité requises pour déterminer si l'admission d'un enfant, compte tenu de la situation personnelle de celui-ci, cadre avec l'objet du par. 23 et avec la nécessité particulière de protéger et renforcer la communauté linguistique minoritaire.

The purpose of the s. 23(2) criteria is to guarantee continuity of minority language education rights and mobility to children being educated in one of the official languages. If children are in a recognized education program regularly and legally, they will in most instances be able to continue their education in the same language. This is consistent with the wording of s. 23(2) and the purposes of protecting and preserving the minority-language community, as well as with the reality that children properly enrolled in minority-language schools are entitled to a continuous learning experience and should not be uprooted and sent to majority-language schools. Uprooting would not be in the interest of the minority language community or of the child. Nevertheless, a qualitative assessment of the situation to determine whether there is evidence of a genuine commitment to a minority language educational experience is warranted, with each province exercising its discretion in light of its particular circumstances, obligation to respect the objectives of s. 23, and educational policies.

47 Le critère établi au par. 23(2) a pour objet de garantir le droit à la continuité de l'instruction dans la langue de la minorité et la liberté de circulation et d'établissement aux enfants qui poursuivent leurs études dans l'une des langues officielles. Dans la majorité des cas, l'enfant qui est légalement inscrit à un programme d'enseignement reconnu et qui le suit régulièrement est en mesure de poursuivre ses études dans la même langue. Cette conclusion est compatible avec le libellé du par. 23(2) et avec les objectifs de protection et d'épanouissement de la communauté linguistique minoritaire, ainsi qu'avec le fait qu'un enfant régulièrement inscrit à une école de la minorité linguistique a droit à un cheminement scolaire uniforme et ne devrait pas être déraciné et envoyé dans une école de la majorité linguistique. Un tel déracinement ne serait ni dans l'intérêt de la communauté linguistique minoritaire ni dans celui de l'enfant. Néanmoins, il est justifié de procéder à une évaluation qualitative de la situation pour déterminer s'il existe une preuve d'engagement authentique à cheminer dans la langue d'enseignement de la minorité, chaque province exerçant son pouvoir discrétionnaire en fonction de sa situation particulière, de son obligation de respecter les objectifs de l'art. 23 et de ses politiques d'enseignement.

The approach will be both subjective and objective. This does not imply an artificial "snapshot" approach. Provincial governments are entitled to verify that registration and overall attendance in the program, the past and present educational experience of the child, are consistent with participation in the class of beneficiaries defined in s. 23(2).

48 Cette évaluation aura tant un caractère subjectif qu'un caractère objectif, ce qui exclut toute approche « ponctuelle » artificielle. Les gouvernements provinciaux ont le droit de s'assurer que l'inscription au programme en question et la participation globale à ce programme, le cheminement scolaire antérieur et actuel de l'enfant, concordent avec l'appartenance à la catégorie de bénéficiaires définie au par. 23(2).

(4) Other Issues

(4) Autres questions

We now turn to other related issues: What of the nature of instruction? How should immersion programs and private schools be treated when determining or assessing whether a child is entitled to receive minority language instruction?

49 Nous allons maintenant examiner d'autres questions connexes : qu'en est-il de la nature de l'enseignement? Comment faut-il traiter les programmes d'immersion et les écoles privées lorsqu'il s'agit de déterminer si un enfant a le droit à l'instruction dans la langue de la minorité?

The Quebec legislature does not consider whether the language of instruction was received in the context of an immersion program or a minority-language

50 Le législateur québécois ne se demande pas si l'instruction dans une langue a été reçue dans le cadre d'un programme d'immersion ou dans

school. For example, Shanning Casimir received 50 percent of her education in English and 50 percent of her education in French in the context of a French immersion program; she was found not to have completed the "major part" of her education in English. This fails to recognize significant differences between immersion programs and minority language programs. Outside Quebec, immersion programs are designed to provide second language training to children attending schools designed for those adopting the language of the majority. Immersion programs occur in a majority setting where the majority language is spoken in the corridors and during extra-curricular activities. Immersion programs are run in majority schools that are a part of the majority school system. As a result, immersion programs lack the cultural element that is vital to minority language education, as discussed in *Mahe*. There, this Court insisted on the need to identify schools with the minority in coming to the decision that s. 23 guaranteed the right to management to representatives of the minority. Therefore, while there is nothing in the language of s. 23(2) that strictly restricts the nature of the instruction, it would be contrary to the purpose of the provision to equate immersion with minority language education. In our view, recognizing immersion as a branch of minority language education fails to appreciate the fact that Shanning Casimir was actually receiving education for Anglophones and that she has a stronger link with the English linguistic community than the French. As a result, Shanning was entitled to continue her education in Quebec's minority language, English, under s. 23(2) of the *Canadian Charter* and s. 73(2) of the *CFL*.

51 The qualification of private schools also arises incidentally in the cases of the Solski family and the Lacroix family. The Court of Appeal expressed concern about [TRANSLATION] "quasi-automatic access to subsidized public or private English-language school in Quebec for children of the

une école de la minorité linguistique. Par exemple, Shanning Casimir a reçu la moitié de son instruction en anglais et la moitié en français dans le cadre d'un programme d'immersion en français. On a décidé qu'elle n'avait pas reçu la « majeure partie » de son instruction en anglais. Cette décision ne tient pas compte des différences importantes qui existent entre les programmes d'immersion et les programmes d'enseignement dans la langue de la minorité. À l'extérieur du Québec, les programmes d'immersion sont conçus pour donner une formation dans la langue seconde aux enfants qui fréquentent les écoles destinées à ceux et celles qui adoptent la langue de la majorité. Ces programmes sont offerts dans un environnement où il existe une majorité linguistique et où la langue de la majorité est parlée en dehors des classes et pendant les activités parascolaires. Ils sont offerts dans des écoles de la majorité linguistique faisant partie du système scolaire de cette majorité. Il leur manque donc l'élément culturel essentiel à l'instruction dans la langue de la minorité, qui a été analysé dans l'arrêt *Mahe*. Dans cet arrêt, la Cour a insisté sur le besoin de la minorité de s'identifier avec les écoles lorsqu'elle a jugé que l'art. 23 garantit un droit de gestion aux représentants de la minorité. Par conséquent, même si rien dans le libellé du par. 23(2) n'assujettit à des limites strictes la nature de l'instruction, il serait contraire à l'objet de la disposition d'assimiler les programmes d'immersion à l'enseignement dans la langue de la minorité. À notre avis, reconnaître que les programmes d'immersion constituent un aspect de l'enseignement dans la langue de la minorité ne tient pas compte du fait que Shanning Casimir recevait, en fait, un enseignement pour anglophones et qu'elle avait des liens plus étroits avec la communauté anglophone qu'avec la communauté francophone. Par conséquent, en vertu des par. 23(2) de la *Charte canadienne* et 73(2) *CLF*, elle avait donc le droit de poursuivre ses études dans la langue de la minorité au Québec.

Le cas de la famille Solski et celui de la famille Lacroix soulèvent également, de manière incidente, la question de la prise en compte de la fréquentation des écoles privées. La Cour d'appel s'est montrée préoccupée par la possibilité que puisse être créé un « accès quasi-automatique à l'école anglaise

French-speaking majority or allophones who spend a short time in unsubsidized private English-language schools" (para. 55). The trial judge more aptly described the problem as the availability of private school creating a distinction between the affluent and the less affluent (para. 153). In 2002, the Quebec legislature introduced Bill 104, which amends s. 73 of the *CFL* so as to disqualify education in private unsubsidized English schools when calculating the "major part" requirement (S.Q. 2002, c. 28, s. 3). The constitutionality of this provision is not before this Court but is the subject of other ongoing judicial proceedings; accordingly, it will not be dealt with here. Prior to these amendments, however, the Quebec legislature must be taken to have accepted attendance at a private unsubsidized school as valid when calculating the major part of a child's education.

au Québec, aux enfants de la majorité francophone ou aux allophones, qui feraient un court passage à l'école privée anglaise non subventionnée » (par. 55). La juge de première instance a décrit plus adéquatement le problème comme étant l'existence d'écoles privées, qui établit une distinction entre « les bien et les moins bien nantis » (par. 153). En 2002, le législateur québécois a déposé le projet de loi 104, qui a modifié l'art. 73 *CLF* en excluant l'enseignement reçu dans une école anglaise privée non subventionnée du calcul requis pour l'application du critère de la « majeure partie » de l'enseignement reçu (L.Q. 2002, ch. 28, art. 3). Étant donné que la constitutionnalité de cette disposition n'est pas contestée devant notre Cour, mais qu'elle l'est dans le cadre d'autres procédures judiciaires, elle ne sera pas examinée en l'espèce. Il faut toutefois considérer que, avant ces modifications, le législateur québécois reconnaissait que la fréquentation d'une école privée non subventionnée pouvait être prise en considération dans le calcul de la « majeure partie » de l'enseignement reçu par un enfant.

While the current quantitative approach to s. 73 of the *CFL* is not the standard required by s. 23(2) of the *Canadian Charter*, the Attorney General of Quebec argues, in the alternative, that it is justifiable under s. 1. It is his view that the unique linguistic position of Quebec in Canada — the provincial majority language community is also the national minority language community — can serve as a justification for the "major part" requirement as interpreted by him. We do not consider it necessary to examine that possibility. Reading down s. 73 permits Quebec to meet its legislative objectives while ensuring that no persons eligible under s. 23 of the *Canadian Charter* are excluded from minority-language schools if they choose to attend them. Nevertheless, we will examine briefly the primary concerns of the Attorney General of Quebec to ensure the qualitative interpretation adequately addresses them.

52 Par ailleurs, le procureur général du Québec fait valoir que, bien que l'interprétation quantitative que l'on donne actuellement de l'art. 73 *CLF* ne soit pas la norme requise par le par. 23(2) de la *Charte canadienne*, cette interprétation est néanmoins justifiable au sens de l'article premier. Il estime que la situation linguistique unique du Québec au sein du Canada — la communauté linguistique provinciale majoritaire est, en même temps, la communauté linguistique nationale minoritaire — peut justifier le critère de la « majeure partie » selon l'interprétation qu'il donne de ce critère. Nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner cette possibilité. Le fait de donner une interprétation atténuante de l'art. 73 permet au Québec d'atteindre ses objectifs législatifs tout en garantissant qu'aucune personne admissible en vertu de l'art. 23 de la *Charte canadienne* ne sera empêchée de fréquenter une école de la minorité linguistique si elle choisit de le faire. Nous allons néanmoins examiner brièvement les principales préoccupations du procureur général du Québec, pour démontrer que l'interprétation qualitative y répond adéquatement.

The Quebec Government is concerned that some Francophone children will become able to attend

53 Le gouvernement du Québec craint que certains enfants francophones en viennent à pouvoir

English subsidized schools by first registering and attending private unsubsidized English schools for a short period of time. In particular, the Quebec Government is afraid that the free choice model will be indirectly reinvigorated (respondent's factum, at para. 92). The free choice model was introduced in Bill 63 entitled *An Act to promote the French language in Québec*, S.Q. 1969, c. 9. The only requirement for a child to receive English-language instruction was that the parents had to apply for such instruction at the time of enrollment. As earlier noted, this problem has now been dealt with by Bill 104. Its constitutionality is not before us and will not be considered here.

54 The other major concern is with children of immigrants. But children who have immigrated directly to Quebec can only attend English-language school in two circumstances: (1) where a temporary stay certificate pursuant to s. 85 of the *CFL* has been granted; or (2) where they attend a private, unsubsidized English-language school. The first of these conditions is dealt with in a *Regulation respecting the exemption from the application of the first paragraph of section 72 of the Charter of the French language that may be granted to children staying in Québec temporarily*, (1997) 129 G.O. II, 1970. This regulation provides for the circumstances in which a child will be exempted from the requirement in s. 72 of the *CFL* that he or she receive instruction in French. The circumstances contemplated in this regulation can be described as those in which there is no apparent intention to permanently settle in Quebec. The Attorney General of Quebec says essentially that since children who are exempted under s. 85 of the *CFL* receive the exemption when their family has no apparent intention to settle in Quebec permanently, should their family eventually choose to make Quebec its permanent home, then the time spent in instruction in English under the temporary stay exemption ought to be disqualified from the "major part" calculation. In other words, the time at which immigration (rather than simply a temporary stay) is contemplated should be considered as a fresh start to determine eligibility. As in the case of unsubsidized private schools however, the National

fréquenter des écoles anglaises subventionnées en s'inscrivant au préalable à une école anglaise privée non subventionnée et en y faisant un court passage. En particulier, il redoute que le modèle du libre choix soit indirectement ravivé (mémoire de l'intimé, par. 92). Ce modèle avait été introduit par le projet de loi 63, intitulé *Loi pour promouvoir la langue française au Québec*, L.Q. 1969, ch. 9. Pour qu'un enfant puisse recevoir son enseignement en anglais, il suffisait que les parents en fassent la demande au moment de son inscription à l'école. Comme nous l'avons souligné plus tôt, le projet de loi 104 a réglé ce problème. Comme la question de la constitutionnalité de cette mesure législative ne nous a pas été soumise, nous ne l'examinerons pas en l'espèce.

L'autre préoccupation majeure concerne les enfants d'immigrants. Toutefois, les enfants ayant immigré directement au Québec ne peuvent fréquenter l'école anglaise que dans deux cas : (1) lorsqu'un certificat de séjour temporaire leur a été délivré en vertu de l'art. 85 *CLF*, ou (2) lorsqu'ils fréquentent une école anglaise privée non subventionnée. Le *Règlement sur l'exemption de l'application du premier alinéa de l'article 72 de la Charte de la langue française qui peut être accordée aux enfants séjournant au Québec de façon temporaire*, (1997) 129 G.O. II, 2630, traite de la première de ces conditions. Ce règlement prévoit les cas où un enfant est exempté de l'obligation de recevoir son enseignement en français, prévue à l'art. 72 *CLF*. Les cas envisagés dans ce règlement peuvent être décrits comme ceux où il y a absence d'intention apparente de s'établir en permanence au Québec. Le procureur général du Québec affirme essentiellement que, puisque l'exemption prévue à l'art. 85 *CLF* vise les enfants dont la famille n'a aucune intention apparente de s'établir en permanence au Québec, il y a lieu d'écarter du calcul de la « majeure partie » la période pendant laquelle ils ont reçu leur enseignement en anglais grâce à l'exemption relative au séjour temporaire, si jamais leur famille décide d'habiter en permanence au Québec. En d'autres termes, le moment où l'immigration est envisagée (au lieu d'un simple séjour temporaire) devrait être considéré comme le nouveau point de départ pour décider de l'admissibilité. Cependant, comme

Assembly has chosen to deal with this issue in Bill 104 which provides that temporary permits shall be disregarded in the "major part" calculation. Since Bill 104 is not before us, we believe it is best to consider, as in the case of unsubsidized schools, that Quebec must be taken to have accepted that instruction received under such permits should be considered prior to the adoption of Bill 104. During this period, the proper test is evidence of commitment to instruction in the minority language, however it originated. After the 2002 amendment, other considerations are at play and will be dealt with in due course.

dans le cas des écoles privées non subventionnées, l'Assemblée nationale a choisi de régler cette question dans le projet de loi 104, qui précise que les permis temporaires doivent être écartés du calcul de la « majeure partie ». Étant donné que le projet de loi 104 n'est pas en cause en l'espèce, nous estimons préférable de considérer — comme dans le cas des écoles non subventionnées — qu'avant l'adoption de ce projet de loi le Québec reconnaissait qu'il y avait lieu de prendre en considération l'enseignement reçu en vertu de ces permis. Le critère applicable relativement à cette période est la preuve d'un engagement à cheminer dans la langue d'enseignement de la minorité, peu importe comment il a pris naissance. À la suite de la modification de 2002, d'autres considérations interviennent et elles seront examinées en temps opportun.

The legislature's concern about interprovincial immigration, that is individuals who immigrate to another province in Canada, become Canadian citizens and then move to Quebec, is a different issue. We believe that concern is addressed in our interpretation of the "major part" requirement.

55 La préoccupation exprimée par le législateur au sujet de l'immigration interprovinciale — c'est-à-dire au sujet des gens qui immigrent dans une autre province canadienne, y deviennent citoyens canadiens et déménagent ensuite au Québec — soulève une question différente. Nous croyons que notre interprétation du critère de la « majeure partie » répond à cette préoccupation.

Accordingly, we would declare that s. 73(2) of the *CFL* is valid but must be read so that the term "major" is given a qualitative meaning.

56 Par conséquent, nous déclarons que le par. 73(2) *CLF* est valide, mais qu'il doit être interprété de façon à donner un sens qualitatif à l'adjectif « majeure ».

VII. Disposition

VII. Dispositif

We will now consider whether the Solski, Casimir and Lacroix children qualify for minority language instruction.

57 Nous allons maintenant nous demander si les enfants Solski, Casimir et Lacroix remplissent les conditions requises pour recevoir leur instruction dans la langue de la minorité.

The Solskis abandoned the appeal of this case following the trial judgment; it is not necessary to deal with their particular circumstances.

58 Les Solski n'ont pas participé à l'appel interjeté contre le jugement de première instance. Il n'est pas nécessaire d'examiner leur situation particulière.

Although Ms. Lacroix was not a party before this Court, she did intervene before the Court of Appeal and for the purposes of clarity, we think it appropriate to consider the situation of her children in light of our decision here. In our view, the Lacroix children were entitled to the benefit of the year spent in a

59 Bien qu'elle n'ait pas été partie au présent pourvoi, M^me^ Lacroix est intervenue devant la Cour d'appel et, par souci de clarté, nous jugeons approprié d'examiner la situation de ses enfants à la lumière de notre décision en l'espèce. Selon nous, les enfants Lacroix avaient le droit qu'on tienne compte de

private unsubsidized English school under the regime and administrative practice prior to the enactment of Bill 104, the constitutionality of which is not considered here.

60 The Casimir children were also entitled to attend subsidized minority language institutions because of their prior experience in immersion programs which must be qualified as majority language instruction. Although Shanning Casimir received 50 percent of her curriculum-based education in French, the fact that she received this education in a French immersion program, and therefore in an English-language setting, qualifies her education as English education.

VIII. Conclusion

61 For the above reasons, we would allow the appeal in part. The Casimir and Lacroix children are found to have been eligible for English education. Properly interpreted, s. 73(2) of the *Charter of the French language* is constitutional. Costs are awarded to the appellant throughout the proceedings to which she was a party.

Appeal allowed in part, with costs.

Solicitor for the appellant: Brent D. Tyler, Montréal.

Solicitors for the respondent: Bernard, Roy & Associés, Montréal; Department of Justice, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Commissioner of Official Languages for Canada: Irving Mitchell & Associates, Montréal.

Solicitors for the interveners Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones and Commission nationale des parents francophones: Patterson Palmer, Moncton.

l'année qu'ils ont passée dans une école anglaise privée non subventionnée dans le cadre du régime et de la pratique administrative en vigueur avant l'adoption du projet de loi 104, dont la constitutionnalité n'est pas examinée en l'espèce.

Les enfants Casimir avaient eux aussi le droit de fréquenter des établissements subventionnés de la minorité linguistique à cause de leur participation antérieure à des programmes d'immersion qui doivent être considérés comme de l'enseignement dans la langue de la majorité. Bien que Shanning Casimir ait suivi la moitié de ses cours en français, elle est admissible à l'enseignement en anglais, étant donné qu'elle a suivi ces cours dans un programme d'immersion en français et, par conséquent, dans un milieu anglophone.

VIII. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis d'accueillir en partie le pourvoi. Nous concluons que les enfants Casimir et Lacroix étaient admissibles à l'enseignement en anglais. Interprété correctement, le par. 73(2) de la *Charte de la langue française* est conforme à la Constitution. L'appelante a droit à ses dépens relativement à toutes les procédures auxquelles elle a participé.

Pourvoi accueilli en partie, avec dépens.

Procureur de l'appelante : Brent D. Tyler, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Bernard, Roy & Associés, Montréal; Ministère de la Justice, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice du Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Commissaire aux langues officielles du Canada : Irving Mitchell & Associates, Montréal.

Procureurs des intervenantes la Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones et la Commission nationale des parents francophones : Patterson Palmer, Moncton.

Solicitors for the interveners Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques and Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario: Heenan Blaikie, Toronto.

Solicitors for the interveners Fédération des communautés francophones et acadiennes du Canada and Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc.: Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureurs des intervenantes l'Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques et l'Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario : Heenan Blaikie, Toronto.

Procureurs des intervenantes la Fédération des communautés francophones et acadiennes du Canada et la Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc. : Heenan Blaikie, Ottawa.

Roger Gosselin, Guylaine Fillion, Daniel Trépanier, Claudette Gosselin, Guy Boulianne, Johanne Labbé, Alain Chénard, Rachel Guay, Gilles Maltais, Guylaine Potvin, Jean-Marie Martineau, Mance Bourassa, Marc Joyal, Marie-Irma Cadet, René Giguère and Lucille Giordano *Appellants*

v.

Attorney General of Quebec and Minister of Education *Respondents*

and

Commissioner of Official Languages for Canada *Intervener*

Roger Gosselin, Guylaine Fillion, Daniel Trépanier, Claudette Gosselin, Guy Boulianne, Johanne Labbé, Alain Chénard, Rachel Guay, Gilles Maltais, Guylaine Potvin, Jean-Marie Martineau, Mance Bourassa, Marc Joyal, Marie-Irma Cadet, René Giguère et Lucille Giordano *Appelants*

c.

Procureur général du Québec et ministre de l'Éducation *Intimés*

et

Commissaire aux langues officielles du Canada *Intervenante*

INDEXED AS: GOSSELIN (TUTOR OF) *v.* QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2005 SCC 15.

File No.: 29298.

2004: March 22; 2005: March 31.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

RÉPERTORIÉ : GOSSELIN (TUTEUR DE) *c.* QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2005 CSC 15.

N° du greffe : 29298.

2004 : 22 mars; 2005 : 31 mars.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil rights — Equality rights — Language of instruction — Members of French language majority in Quebec not entitled to instruction in English except under certain circumstances — Whether legislation on English instruction in Quebec violating equality rights — Whether equality requires that all children in Quebec be given access to publicly funded English language education — Whether right to equality opposable to s. 23 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11, s. 73 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 12.

Schools — Language of instruction — Instruction in English in Quebec — Members of French language majority in Quebec not entitled to instruction in English except under certain circumstances — Whether legislation on English instruction in Quebec violating equality

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Libertés publiques — Droits à l'égalité — Langue d'enseignement — Membres de la majorité francophone au Québec privés du droit à l'enseignement en anglais sauf dans certaines circonstances — La loi relative à l'enseignement en anglais au Québec viole-t-elle les droits à l'égalité? — L'égalité exige-t-elle que tous les enfants au Québec aient accès à l'école publique anglaise? — Le droit à l'égalité est-il opposable à l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11, art. 73 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 12.

Droit scolaire — Langue d'enseignement — Enseignement en anglais au Québec — Membres de la majorité francophone au Québec privés du droit à l'enseignement en anglais sauf dans certaines circonstances — La loi relative à l'enseignement en anglais au

rights — Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11, s. 73 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 12 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23.

Section 73 of the *Charter of the French language* provides access to English language schools in Quebec only to children who have received or are receiving English language instruction in Canada or whose parents studied in English in Canada at the primary level. The appellant parents, who do not qualify as rights holders under s. 73 or under s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, claim that s. 73 discriminates between children who qualify and the majority of French-speaking Quebec children who do not, and violates the right to equality guaranteed at ss. 10 and 12 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. Equality requires, the appellants argue, that all children in Quebec be given access to publicly funded English language education. Both the Superior Court and the Court of Appeal dismissed their claims.

Held: The appeal should be dismissed.

Since the appellants are members of the French language majority in Quebec, their objective in having their children educated in English simply does not fall within the purpose of s. 23 of the *Canadian Charter*. The appellants have no claim to publicly funded English language instruction in Quebec and, if adopted, the practical effect of their equality argument would be to read out of the Constitution the compromise contained in s. 23. [2] [30]

There is no hierarchy amongst constitutional provisions. Equality guarantees cannot therefore be used to invalidate other rights expressly conferred by the Constitution. All parts of the Constitution must be read together. It cannot be said that in implementing s. 23, the Quebec legislature has violated the equality rights contained in either s. 15(1) of the *Canadian Charter* or ss. 10 and 12 of the Quebec *Charter*. [2]

The purpose of s. 73 is not to "exclude" entire categories of children from a public service, but rather to implement the positive constitutional responsibility incumbent upon all provinces to offer minority language instruction to its minority language community. In seeking to use the right to equality to access a right guaranteed in Quebec only to the English language minority, the appellants put aside the linkage between s. 73 of the *Charter of the French language* and s. 23 of the *Canadian Charter*, and attempt to modify the categories of rights holders under

Québec viole-t-elle les droits à l'égalité? — Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11, art. 73 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 12 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23.

L'article 73 de la *Charte de la langue française* n'offre l'accès à l'école anglaise au Québec qu'aux enfants ayant reçu ou recevant un enseignement en anglais au Canada ou à ceux dont les parents ont fait leurs études primaires en anglais au Canada. Les parents appelants, qui ne sont pas titulaires des droits visés à l'art. 73 ou à l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, prétendent que l'art. 73 établit une distinction entre les enfants qui satisfont aux conditions prévues et la majorité des enfants francophones du Québec qui n'y satisfont pas, et que cet article viole le droit à l'égalité garanti aux art. 10 et 12 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. L'égalité exige, soutiennent les appelants, que tous les enfants du Québec aient accès à l'école publique anglaise. La Cour supérieure et la Cour d'appel ont toutes deux rejeté leurs demandes.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Puisque les appelants sont membres de la majorité francophone du Québec, leur objectif qui consiste à faire instruire leurs enfants en anglais ne correspond tout simplement pas à l'objectif visé à l'art. 23 de la *Charte canadienne*. Les appelants ne peuvent pas revendiquer pour leurs enfants le droit à l'enseignement dans une école publique anglaise au Québec et, s'il était retenu, leur argument fondé sur l'égalité aurait pour effet pratique de retrancher de la Constitution le compromis soigneusement formulé à l'art. 23. [2] [30]

Il n'existe aucune hiérarchie des dispositions constitutionnelles. Les garanties d'égalité ne peuvent donc pas servir à invalider d'autres droits conférés expressément par la Constitution. Toutes les parties de la Constitution doivent être interprétées globalement. On ne saurait affirmer que, par la mise en œuvre de l'art. 23, le législateur québécois a violé les droits à l'égalité prévus au par. 15(1) de la *Charte canadienne* ou aux art. 10 et 12 de la *Charte* québécoise. [2]

L'article 73 n'a pas pour objet d'« exclure » des catégories entières d'enfants relativement à l'admissibilité à un service public, mais plutôt de mettre en œuvre l'obligation constitutionnelle positive qui incombe à toutes les provinces d'offrir à leur minorité linguistique l'enseignement dans la langue de cette minorité. En cherchant à se prévaloir du droit à l'égalité pour bénéficier d'un droit qui n'est garanti au Québec qu'à la minorité anglophone, les appelants font abstraction du lien qui existe entre l'art. 73 de la *Charte de la langue française* et l'art. 23 de la

s. 23. This is not permissible. Section 23 provides a comprehensive code for minority language education rights and achieves its purpose of protecting and promoting the minority language community in each province by helping to bring about the conditions under which the English community in Quebec and the French communities of the other provinces can flourish. [10-16] [22] [28-29]

Cases Cited

Applied: *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; **referred to:** *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 201, 2005 SCC 14; *Reference re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan* (1987), 36 C.C.C. (3d) 353; *Québec (Procureure générale) v. Entreprises W.F.H. Ltée*, [2000] R.J.Q. 1222; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 505; *Abbey v. Essex County Board of Education* (1999), 42 O.R. (3d) 481; *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney-General)* (1989), 58 D.L.R. (4th) 293.

Statutes and Regulations Cited

Act to promote the French language in Québec, S.Q. 1969, c. 9.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15(1), 23, 25, 27, 29.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 12.
Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11, ss. 72, 73, 75.
Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 93.
Constitution Act, 1982, s. 35.
Official Language Act, S.Q. 1974, c. 6, s. 41.

Authors Cited

Canada. Parliament. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue No. 48, January 29, 1981, p. 108.

Charte canadienne, et ils tentent de modifier les catégories de titulaires des droits visés à l'art. 23. Ce n'est pas acceptable. L'article 23 établit un code complet régissant les droits à l'instruction dans la langue de la minorité, et il atteint son objectif de protéger et de promouvoir la minorité linguistique dans chacune des provinces en contribuant à l'établissement des conditions favorables à l'épanouissement de la communauté anglophone au Québec et des communautés francophones des autres provinces. [10-16] [22] [28-29]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; **arrêts mentionnés :** *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201, 2005 CSC 14; *Reference re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan* (1987), 36 C.C.C. (3d) 353; *Québec (Procureure générale) c. Entreprises W.F.H. Ltée*, [2000] R.J.Q. 1222; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 577; *Abbey c. Conseil de l'éducation du comté d'Essex* (1999), 42 O.R. (3d) 490; *Lavoie c. Nova Scotia (Attorney-General)* (1989), 58 D.L.R. (4th) 293.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1), 23, 25, 27, 29.
Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11, art. 72, 73, 75.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 12.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 93.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi pour promouvoir la langue française au Québec, L.Q. 1969, ch. 9.
Loi sur la langue officielle, L.Q. 1974, ch. 6, art. 41.

Doctrine citée

Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, fascicule nº 48, 29 janvier 1981, p. 108.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Gendreau, Mailhot and Forget JJ.A.), [2002] R.J.Q. 1298, [2002] Q.J. No. 1126 (QL), affirming a decision of Laramée J., [2000] R.J.Q. 2973, [2000] Q.J. No. 4688 (QL). Appeal dismissed.

Brent D. Tyler and *Walter C. Elmore*, for the appellants.

Benoît Belleau and *Dominique A. Jobin*, for the respondents.

François Boileau and *Amélie Lavictoire*, for the intervener.

The following is the judgment delivered by

THE COURT — In this appeal, the Court is asked to measure the constitutional right to minority language education against the right to equality. The appellants claim that the *Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11, which provides access to English language schools in Quebec only to children who have received or are receiving English language instruction in Canada or whose parents studied in English in Canada at the primary level, discriminates between children who qualify and the majority of French-speaking Quebec children, who do not. The result, the appellants argue, violates the right to equality guaranteed at ss. 10 and 12 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. Equality requires, the appellants argue, that all children in Quebec be given access to publicly funded English language education.

If adopted, the practical effect of the appellants' equality argument would be to read out of the Constitution the carefully crafted compromise contained in s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This is impermissible. As the Court has stated on numerous occasions, there is no hierarchy amongst constitutional provisions, and equality guarantees cannot therefore be used to invalidate other rights expressly conferred by the Constitution. All parts of the Constitution must be read together. It cannot be said, therefore, that in implementing

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Gendreau, Mailhot et Forget), [2002] R.J.Q. 1298, [2002] J.Q. nº 1126 (QL), qui a confirmé une décision du juge Laramée, [2000] R.J.Q. 2973, [2000] J.Q. nº 4688 (QL). Pourvoi rejeté.

Brent D. Tyler et *Walter C. Elmore*, pour les appelants.

Benoît Belleau et *Dominique A. Jobin*, pour les intimés.

François Boileau et *Amélie Lavictoire*, pour l'intervenante.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR — Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à apprécier le droit constitutionnel à l'enseignement dans la langue de la minorité en fonction du droit à l'égalité. Les appelants prétendent que la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, qui n'offre l'accès à l'école anglaise au Québec qu'aux enfants ayant reçu ou recevant un enseignement en anglais au Canada ou à ceux dont les parents ont fait leurs études primaires en anglais au Canada, établit une distinction entre les enfants qui satisfont à ces conditions et la majorité des enfants francophones du Québec, qui n'y satisfont pas. Les appelants font valoir qu'il résulte de cette distinction une atteinte au droit à l'égalité garanti par les art. 10 et 12 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12. De soutenir les appelants, l'égalité exige que tous les enfants du Québec aient accès à l'école publique anglaise. 1

S'il était retenu, cet argument des appelants aurait pour effet pratique de retrancher de la Constitution le compromis soigneusement formulé à l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ce qui est inacceptable. Comme notre Cour l'a affirmé à de nombreuses occasions, il n'existe aucune hiérarchie des dispositions constitutionnelles, et les garanties d'égalité ne peuvent donc pas servir à invalider d'autres droits conférés expressément par la Constitution. Toutes les parties de la Constitution doivent être interprétées globalement. On ne saurait 2

s. 23, the Quebec legislature has violated either s. 15(1) of the *Canadian Charter* or ss. 10 and 12 of the Quebec *Charter*. The appeal should therefore be dismissed.

I. The Factual Background

3 The appellants are all parents who reside with their school-age children in the province of Quebec. With the exception of Lucille Giordano, they are all Canadian citizens. Furthermore, with the exception of Lucille Giordano and Marie-Irma Cadet, the appellants were all born in Quebec and received their instruction in French in Quebec.

4 Four of the families sought admission for their children to English language schools through the administrative remedies provided under the statute but without success. The other four families acknowledged that their children were not eligible. All eight families initiated proceedings in the Superior Court of Quebec.

II. Judicial History

A. *Quebec Superior Court*, [2000] R.J.Q. 2973

5 The various proceedings were joined and heard before Laramée J. who concluded that s. 73 of the *Charter of the French language* does not contravene s. 10 of the Quebec *Charter*. He reasoned that:

> [TRANSLATION] In the case at bar, using the right to equality under section 10 of the Quebec *Charter of human rights and freedoms* to interpret section 73 of the *Charter of the French language* would distort the meaning and scope of the education guarantees provided to Quebec's Anglophone minority in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. [para. 207]

6 He therefore dismissed all eight actions.

B. *Quebec Court of Appeal*, [2002] R.J.Q. 1298

7 In a unanimous judgment, the Court of Appeal (Gendreau, Mailhot and Forget JJ.A.) dismissed the claims. Relying on *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609, the court said it is not discriminatory under the

donc affirmer que, par la mise en œuvre de l'art. 23, le législateur québécois a violé le par. 15(1) de la *Charte canadienne* ou les art. 10 et 12 de la *Charte* québécoise. Le pourvoi doit donc être rejeté.

I. Les faits

Les appelants sont tous des parents qui résident avec leurs enfants d'âge scolaire dans la province de Québec. À l'exception de Lucille Giordano, ils sont tous citoyens canadiens. En outre, sauf pour ce qui est de Lucille Giordano et de Marie-Irma Cadet, ils sont tous nés au Québec et ont reçu leur enseignement en français dans cette province.

Quatre de ces familles ont tenté en vain de faire admettre leurs enfants à l'école anglaise en se prévalant des recours administratifs prévus par la loi. Les quatre autres familles ont reconnu que leurs enfants n'étaient pas admissibles. Les huit familles ont entrepris des procédures devant la Cour supérieure du Québec.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure du Québec*, [2000] R.J.Q. 2973

Les diverses actions ont été réunies et entendues par le juge Laramée, qui a conclu que l'art. 73 de la *Charte de la langue française* ne viole pas l'art. 10 de la *Charte* québécoise. Il a fait le raisonnement suivant :

> En l'instance, recourir au droit à l'égalité énoncé à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec pour interpréter l'article 73 de la *Charte de la langue française* aurait pour effet de dénaturer le sens et la portée des garanties en matière d'enseignement qui sont consenties à la minorité anglophone du Québec en application de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [par. 207]

Il a donc rejeté les huit actions.

B. *Cour d'appel du Québec*, [2002] R.J.Q. 1298

Dans un jugement unanime, la Cour d'appel (les juges Gendreau, Mailhot et Forget) a rejeté les demandes. S'appuyant sur l'arrêt *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, la cour a affirmé qu'il n'est pas

Charter of the French language to implement s. 23 of the *Canadian Charter*: [TRANSLATION] "How could the Quebec legislature's actions be discriminatory if they are consistent with the *Canadian Charter*?" (para. 27). The Court of Appeal also considered s. 10 of the Quebec *Charter* and found that on that basis, too, s. 73 of the *Charter of the French language* was not discriminatory.

III. Relevant Legislative and Constitutional Provisions

See Appendix.

IV. Analysis

At the outset, we emphasize that the appellant parents do not qualify as rights holders under s. 23 of the *Canadian Charter* or s. 73 of the *Charter of the French language*. They did not receive their primary school instruction in Canada in English and their children are receiving or have received all of their instruction in French in Quebec. Their situation, therefore, is fundamentally and constitutionally different from that of the appellants in the companion case, *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 201, 2005 SCC 14 (*sub nom. Casimir v. Quebec (Attorney General)* (hereinafter *Casimir*)).

The appellants are in a position no different from the majority of Quebec residents who receive or have received their primary and secondary instruction in French. Nonetheless, they claim that the categories of rights holders implemented by the *Charter of the French language* are discriminatory and should be reformed to permit them to enrol their children in English language instruction in Quebec. As members of the French language majority in Quebec, they seek to use the right to equality to access a right guaranteed in Quebec only to the English language minority.

In this respect, the appellants rely in particular on s. 10 of the Quebec *Charter* which expressly includes language as a prohibited ground of discrimination:

discriminatoire de mettre en œuvre l'art. 23 de la *Charte canadienne* en appliquant la *Charte de la langue française* : « [c]omment le législateur québécois pourrait-il faire preuve de discrimination en se conformant à la charte canadienne? » (par. 27). La Cour d'appel a aussi examiné l'art. 10 de la *Charte* québécoise et a statué que, pour la même raison, l'art. 73 de la *Charte de la langue française* n'était pas discriminatoire.

III. Dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Voir l'annexe. 8

IV. Analyse

D'entrée de jeu, nous soulignons que les parents appelants ne sont pas des titulaires de droits visés à l'art. 23 de la *Charte canadienne* ou à l'art. 73 de la *Charte de la langue française*. Ils n'ont pas reçu leur enseignement primaire en anglais au Canada et leurs enfants reçoivent ou ont reçu la totalité de leur enseignement en français au Québec. Partant, leur situation est fondamentalement et constitutionnellement différente de celle des appelants au pourvoi connexe, *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201, 2005 CSC 14 (*sub nom. Casimir c. Québec (Procureur général)* (ci-après *Casimir*)). 9

La situation des appelants n'est pas différente de celle de la majorité des résidents du Québec qui reçoivent ou ont reçu leur enseignement en français aux niveaux primaire et secondaire. Ils prétendent néanmoins que les catégories de titulaires de droits établies par la *Charte de la langue française* sont discriminatoires et devraient être modifiées pour leur permettre de faire instruire leurs enfants en anglais au Québec. En tant que membres de la majorité francophone au Québec, ils tentent de se prévaloir du droit à l'égalité pour bénéficier d'un droit qui n'est garanti au Québec qu'à la minorité anglophone. 10

À cet égard, les appelants invoquent en particulier l'art. 10 de la *Charte* québécoise, qui inclut expressément la langue comme motif de distinction illicite : 11

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

12 Section 15(1) of the *Canadian Charter* does not expressly enumerate language as a prohibited ground of discrimination. However, we agree with the observations of the Saskatchewan Court of Appeal in *Reference re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan* (1987), 36 C.C.C. (3d) 353, at p. 373, that:

> Nor, in our view, does the presence in the Charter of the language provisions of ss. 16 to 20, or the deletion from an earlier draft of s. 15(1) of the word "language", have the effect necessarily of excluding from the reach of s. 15 the form of distinction at issue in this case.

In *Québec (Procureure générale) v. Entreprises W.F.H. Ltée*, [2000] R.J.Q. 1222, at p. 1250, the Quebec Superior Court held that [TRANSLATION] "maternal language" was an analogous ground. It is not necessary to explore this point further on this appeal because the principal issue is not the content of the equality rights under the *Canadian Charter* but, assuming the appellants have an arguable case to bring themselves within s. 15(1) of the *Canadian Charter*, the issue at the root of this appeal is the relationship of equality rights in both the *Canadian Charter* and the Quebec *Charter* to the positive language guarantees given to minorities under the Constitution of Canada and the *Charter of the French language*.

A. *Section 73 of the Charter of the French Language*

13 In advancing their claim, the appellants put aside the linkage between s. 73 of the *Charter of*

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

Le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne* n'énonce pas expressément la langue comme motif de distinction illicite. Cependant, nous souscrivons aux observations suivantes de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *Reference re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan* (1987), 36 C.C.C. (3d) 353, p. 373 :

> [TRADUCTION] À notre avis, la présence dans la Charte des dispositions relatives à la langue des art. 16 à 20, ou la suppression du mot 'langue' dans une version antérieure du par. 15(1), n'ont pas non plus nécessairement pour effet d'exclure de la portée de l'art. 15 la forme de distinction en cause.

Dans *Québec (Procureure générale) c. Entreprises W.F.H. Ltée*, [2000] R.J.Q. 1222, p. 1250, la Cour supérieure du Québec a conclu que la « langu[e] maternell[e] » était un motif de distinction analogue. Il n'est pas nécessaire de pousser plus loin l'analyse de ce point en l'espèce, parce que la question principale n'est pas le contenu des droits à l'égalité garantis par la *Charte canadienne*. Toutefois, à supposer que les appelants puissent soutenir que le par. 15(1) de la *Charte canadienne* s'applique à eux, la question au cœur du présent pourvoi est le rapport entre les droits à l'égalité que garantissent tant la *Charte canadienne* que la *Charte* québécoise et les garanties positives concernant la langue qui sont accordées aux minorités par la Constitution du Canada et la *Charte de la langue française*.

A. *L'article 73 de la Charte de la langue française*

En présentant leurs arguments, les appelants ont fait abstraction du lien qui existe entre

the French language and s. 23 of the *Canadian Charter*. Section 23 may be part of the Constitution, they argue, but s. 73 is not, and like any other statute must comply with equality guarantees. At the oral hearing, counsel for the appellants argued that:

> . . . implementing legislation of a constitutional obligation under 23 does not immunize from judicial review an argument based on the *Quebec Charter of Rights* [for] an equal access to existing public institutions when that is interpreted in the way that we propose.

(Mr. Tyler's response, oral transcript, at p. 95)

We do not agree. The linkage is fundamental to an understanding of the constitutional issue. Otherwise, for example, any legislation under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* ("Indians, and Lands reserved for the Indians") would be vulnerable to attack as race-based inequality, and denominational school legislation could be pried loose from its constitutional base and attacked on the ground of religious discrimination. Such an approach would, in effect, nullify any exercise of the constitutional power: *Adler*, at para. 39; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at pp. 1197 and 1206.

In the context of minority language education, equality in substance as opposed to mere formal equality may require differential treatment as the Court noted in *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1, at para. 31:

> Section 23 is premised on the fact that substantive equality requires that official language minorities be treated differently, if necessary, according to their particular circumstances and needs, in order to provide them with a standard of education equivalent to that of the official language majority.

The appellants misconceive the objective of s. 73 of the *Charter of the French language* when

l'art. 73 de la *Charte de la langue française* et l'art. 23 de la *Charte canadienne*. L'article 23 fait peut-être partie de la Constitution, affirment-ils, mais ce n'est pas le cas de l'art. 73 qui, comme tout autre texte législatif, doit être conforme aux garanties d'égalité. À l'audience, l'avocat des appelants a soutenu ce qui suit :

> [TRADUCTION] . . . la mise en œuvre législative d'une obligation constitutionnelle dictée par l'art. 23 ne soustrait pas au contrôle judiciaire un argument fondé sur la *Charte des droits* du Québec [prônant] l'égalité d'accès aux institutions publiques existantes, lorsqu'on l'interprète comme nous le proposons.

(Réponse de M^e^ Tyler, transcription orale, p. 95)

14 Nous ne sommes pas d'accord. Ce lien est fondamental pour bien saisir la question constitutionnelle. Autrement, toute loi adoptée en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (« Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens »), par exemple, pourrait être contestée parce qu'elle établit une distinction fondée sur la race, et les lois sur les écoles confessionnelles pourraient être détachées de leur assise constitutionnelle et contestées parce qu'elles font une distinction fondée sur la religion. Une telle interprétation aurait concrètement pour effet de neutraliser l'exercice du pouvoir reconnu par la Constitution : *Adler*, par. 39; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, p. 1197 et 1206.

15 Dans le contexte de l'enseignement dans la langue de la minorité, l'égalité réelle, plutôt que l'égalité pour la forme seulement, peut exiger un traitement différent, comme l'a signalé notre Cour dans l'arrêt *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1, par. 31 :

> L'article 23 repose sur la prémisse que l'égalité réelle exige que les minorités de langue officielle soient traitées différemment, si nécessaire, suivant leur situation et leurs besoins particuliers, afin de leur assurer un niveau d'éducation équivalent à celui de la majorité de langue officielle.

16 Les appelants dénaturent l'objet de l'art. 73 de la *Charte de la langue française* lorsqu'ils font valoir

they submit that "[t]he stated purpose and effect of the provisions of the CFL is to first distinguish and then exclude entire categories of children from a public service" (appellants' factum, at para. 48 (emphasis in original)). The purpose of s. 73 is not to "exclude" but rather to implement the positive constitutional responsibility incumbent upon all provinces to offer minority language instruction to its minority language community. It is from this perspective that the present appeal must be considered.

B. *Legislative Background to the Charter of the French Language*

17 There was a time in Quebec's history when parents had "free access" (in law, although not always in practice) to either French or English language instruction for their children. Such access was, of course, subject to availability. In 1969, the Quebec legislature adopted the *Act to promote the French language in Québec*, S.Q. 1969, c. 9 (Bill 63), which affirmed French as the primary language of instruction and obliged school boards to offer courses in French. However, it also reaffirmed that parents could continue to select the language of instruction of their children.

18 For a variety of reasons related to the protection of the French language and culture, the Quebec legislature, in 1974, revised its policy on access to English language instruction. The *Official Language Act*, S.Q. 1974, c. 6 (Bill 22), affirmed French as the language of instruction in Quebec. To access English language instruction, a child had to demonstrate "a sufficient knowledge" of the English language (s. 41), which was assessed by language tests administered by the Ministry of Education. Difficulties encountered in the administration of language tests prompted the Quebec legislature again to rethink its policy.

19 In 1977, the *Charter of the French language* was adopted. At the time of its inception, ss. 72 and 73 read as follows:

que [TRADUCTION] « [l']objet et l'effet déclarés des dispositions de la CLF consistent en premier lieu à distinguer des catégories entières d'enfants relativement à l'admissibilité à un service public, et ensuite à les exclure » (mémoire des appelants, par. 48 (souligné dans l'original)). L'article 73 n'a pas pour objet d'« exclure », mais plutôt de mettre en œuvre l'obligation constitutionnelle positive qui incombe à toutes les provinces d'offrir à leur minorité linguistique l'enseignement dans la langue de cette minorité. C'est sous cet angle qu'il convient d'examiner le présent pourvoi.

B. *Contexte législatif de la Charte de la langue française*

Il fut un temps dans l'histoire du Québec où les parents avaient « libre accès » (légalement, mais pas toujours en pratique) à l'enseignement en français ou en anglais pour leurs enfants. Pour exercer cet accès, il fallait évidemment que l'enseignement soit offert dans les deux langues. En 1969, le législateur québécois a adopté la *Loi pour promouvoir la langue française au Québec*, L.Q. 1969, ch. 9 (Loi 63), qui affirmait la primauté du français comme langue d'enseignement et obligeait les conseils scolaires à offrir les cours en français. Cependant, elle réaffirmait aussi le libre choix des parents quant à la langue d'enseignement de leurs enfants.

Pour diverses raisons liées à la protection de la langue et de la culture françaises, le législateur québécois a révisé en 1974 sa politique sur l'accès à l'enseignement en anglais. La *Loi sur la langue officielle*, L.Q. 1974, ch. 6 (Loi 22), a proclamé le français langue d'enseignement au Québec. Pour accéder à l'enseignement en anglais, un enfant devait démontrer « une connaissance suffisante » de l'anglais (art. 41), laquelle était évaluée au moyen de tests linguistiques administrés par le ministère de l'Éducation. Les difficultés inhérentes à l'administration des tests linguistiques ont incité le gouvernement du Québec à repenser sa politique.

En 1977, la *Charte de la langue française* a été adoptée. Au moment de son entrée en vigueur, les art. 72 et 73 étaient formulés comme suit :

72. Instruction in the kindergarten classes and in the elementary and secondary schools shall be in French, except where this chapter allows otherwise.

. . .

73. In derogation of section 72, the following children, at the request of their father and mother, may receive their instruction in English:

(*a*) a child whose father or mother received his or her elementary instruction in English, in Québec;

(*b*) a child whose father or mother, domiciled in Québec on the date of the coming into force of this act, received his or her elementary instruction in English outside Québec;

(*c*) a child who, in his last year of school in Québec before the coming into force of this act, was lawfully receiving his instruction in English, in a public kindergarten class or in an elementary or secondary school;

(*d*) the younger brothers and sisters of a child described in paragraph *c*.

After adoption of the *Canadian Charter* in 1982, a constitutional challenge was launched against the 1977 legislation. In *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, our Court concluded that the categories set out in s. 73 of the *Charter of the French language* were underinclusive with reference to s. 23 of the *Canadian Charter*, and adopted the view that:

[TRANSLATION] Section 73 of the *Charter of the French language* does not limit the right conferred by s. 23: rather, it constitutes a permanent alteration of the classes of citizens who are entitled to the protection afforded by that section. By laying down conditions of access which run directly counter to those expressly stated in s. 23, and which by their very nature have the effect of permanently depriving an entire class of individuals of the right conferred by s. 23, s. 73 alters the very content of that right. . . . [p. 87]

The constitutional deficiency resulted precisely from the absence of a provincial geographical limitation from s. 23 of the *Canadian Charter*.

Art. 72

L'enseignement se donne en français dans les classes maternelles, dans les écoles primaires et secondaires sous réserve des exceptions prévues au présent chapitre.

. . .

Art. 73

Par dérogation à l'article 72, peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de leur père et de leur mère,

a) les enfants dont le père ou la mère a reçu au Québec, l'enseignement primaire en anglais,

b) les enfants dont le père ou la mère est, à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, domicilié au Québec et a reçu, hors du Québec, l'enseignement primaire en anglais,

c) les enfants qui, lors de leur dernière année de scolarité au Québec avant l'entrée en vigueur de la présente loi, recevaient légalement l'enseignement en anglais dans une classe maternelle publique ou à l'école primaire ou secondaire,

d) les frères et sœurs cadets des enfants visés au paragraphe *c*.

Après l'adoption de la *Charte canadienne* en 1982, la loi de 1977 a fait l'objet d'une contestation constitutionnelle. Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, notre Cour a conclu que les catégories établies par l'art. 73 de la *Charte de la langue française* étaient trop limitatives par rapport à celles prévues à l'art. 23 de la *Charte canadienne* et a fait sienne l'opinion suivante :

En effet, l'article 73 de la *Charte de la langue française* ne restreint pas le droit conféré par l'article 23, il constitue plutôt une modification permanente des classes de citoyens qui ont droit à la protection conférée par cet article. En stipulant des conditions d'accès qui vont directement à l'encontre de celles expressément énoncées à l'article 23 et qui par leur nature ont pour effet de priver de façon permanente toute une catégorie de citoyens du droit conféré par l'article 23, l'article 73 modifie la teneur même de ce droit . . . [p. 87]

L'inconstitutionnalité résultait précisément du fait que l'art. 23 de la *Charte canadienne* ne prévoyait pas l'application de limites géographiques provinciales.

20 Following the successful court challenge to the 1977 Act, s. 23 of the *Canadian Charter* directly governed access to English instruction in Quebec from 1984 to 1993. However, in 1993, the Quebec legislature re-enacted ss. 72 and 73 of the *Charter of the French language* in light of this Court's decision in *Quebec Association of Protestant School Boards.* In the companion appeal of *Casimir*, we consider the constitutional challenge to the amended s. 73 of the *Charter of the French language.*

C. *The Right to Equality Is Not Opposable to Section 23 of the Canadian Charter*

21 In *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, this Court explained that any analysis of minority language instruction must take as its starting point the guarantees provided in s. 23 in the *Canadian Charter.* The reasoning found at p. 369 of the reasons of the Chief Justice in *Mahe* apply here with equal force:

> Section 23 provides a comprehensive code for minority language educational rights; it has its own internal qualifications and its own method of internal balancing. A notion of equality between Canada's official language groups is obviously present in s. 23. Beyond this, however, the section is, if anything, an exception to the provisions of ss. 15 and 27 in that it accords these groups, the English and the French, special status in comparison to all other linguistic groups in Canada. . . . [I]t would be totally incongruous to invoke in aid of the interpretation of a provision which grants special rights to a select group of individuals, the principle of equality intended to be universally applicable to "every individual". [Emphasis added.]

As noted earlier, s. 23 could also be viewed not as an "exception" to equality guarantees but as their fulfilment in the case of linguistic minorities to make available an education according to their particular circumstances and needs equivalent to the education provided to the majority (*Arsenault-Cameron*, at para. 31).

22 The appellants in this case are attempting to accomplish precisely that which *Mahe* said was prohibited, namely the use of equality guarantees to modify the categories of rights holders under s. 23.

Après que la contestation judiciaire de la loi de 1977 eût été accueillie, l'art. 23 de la *Charte canadienne* a régi directement l'accès à l'instruction en anglais au Québec de 1984 à 1993. En 1993 cependant, le législateur québécois a adopté de nouveau les art. 72 et 73 de la *Charte de la langue française* en tenant compte de l'arrêt de notre Cour *Quebec Association of Protestant School Boards.* Dans le cadre du pourvoi connexe *Casimir*, nous examinons la constitutionnalité du nouvel art. 73 de la *Charte de la langue française.*

C. *Le droit à l'égalité n'est pas opposable à l'art. 23 de la Charte canadienne*

Dans l'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, notre Cour a précisé que toute analyse de l'instruction dans la langue de la minorité doit commencer par les garanties prévues au par. 23 de la *Charte canadienne.* Le raisonnement exposé par le Juge en chef dans ses motifs, à la p. 369 de l'arrêt *Mahe*, est tout aussi applicable en l'espèce :

> En effet, l'art. 23 établit un code complet régissant les droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Il est assorti de réserves et d'une méthode d'évaluation qui lui sont propres. De toute évidence, l'art. 23 renferme une notion d'égalité entre les groupes linguistiques des deux langues officielles du Canada. À part cela, toutefois, cet article constitue d'abord et avant tout une exception aux dispositions des art. 15 et 27 en ce qu'il accorde à ces groupes, anglophone et francophone, un statut spécial par rapport à tous les autres groupes linguistiques au Canada. [. . .] [I]l serait déplacé d'invoquer un principe d'égalité destiné à s'appliquer universellement à « tous » pour interpréter une disposition qui accorde des droits particuliers à un groupe déterminé. [Nous soulignons.]

Comme nous l'avons indiqué précédemment, l'art. 23 pourrait aussi être considéré non pas comme une « exception » aux garanties d'égalité, mais comme leur concrétisation dans le cas des minorités linguistiques, pour leur offrir un enseignement adapté à leur situation et à leurs besoins particuliers et équivalent à l'enseignement offert à la majorité (*Arsenault-Cameron*, par. 31).

En l'espèce, les appelants tentent précisément de faire ce que l'arrêt *Mahe* a déclaré illégal, soit de recourir aux droits à l'égalité pour modifier les catégories de titulaires de droits visés à l'art. 23. Cette

The attempt was rejected in *Mahe*, albeit in different circumstances, and should be rejected again in this appeal.

D. *There Is No Hierarchy of Constitutional Rights*

On a number of occasions, this Court has been called upon to evaluate the impact of s. 15 of the *Canadian Charter* on other sections of the Constitution. In *Adler*, the right to equality was measured against the guarantees with respect to denominational schools provided for by s. 93 of the *Constitution Act, 1867*:

93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions: —

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union:

. . .

In *Adler*, the Court held that s. 93(1) had the effect of constitutionally entrenching "a special status for such classes of persons, granting them rights which are denied to others" (para. 25). Section 93 provided a "comprehensive code" of denominational school rights. The equality claim failed "because the funding of Roman Catholic separate schools and public schools is within the contemplation of the terms of s. 93 and is, therefore, immune from *Charter* scrutiny" (para. 27). Drawing an analogy with s. 23 of the *Canadian Charter* and the reasoning of the Court in *Mahe*, Iacobucci J. concluded that "both sections grant special status to particular classes of people" (para. 32).

Counsel supporting the appellants attempted to distinguish the denominational schools question at issue in *Adler* from the minority language education rights at issue in the present case on the basis that in this case there is no precise equivalent to s. 29 of the *Canadian Charter*, which provides:

tentative a été rejetée dans l'arrêt *Mahe*, bien que dans des circonstances différentes, et elle devrait de nouveau être rejetée en l'espèce.

D. *Il n'existe aucune hiérarchie des droits constitutionnels*

23 À plusieurs occasions, notre Cour a été appelée à évaluer l'effet de l'art. 15 de la *Charte canadienne* sur d'autres dispositions de la Constitution. Dans l'arrêt *Adler*, le droit à l'égalité a été opposé aux garanties accordées aux écoles confessionnelles par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

93. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement décréter des lois relatives à l'éducation, sujettes et conformes aux dispositions suivantes : —

(1) Rien dans ces lois ne devra préjudicier à aucun droit ou privilège conféré, lors de l'union, par la loi à aucune classe particulière de personnes dans la province, relativement aux écoles séparées (*denominational*);

. . .

24 Dans l'arrêt *Adler*, la Cour a jugé que le par. 93(1) avait pour effet de créer dans la Constitution « un statut spécial pour ces catégories particulières de personnes en leur accordant des droits qui sont refusés à d'autres » (par. 25). L'article 93 établissait un « code complet » des droits relatifs aux écoles confessionnelles. L'argument de l'égalité a échoué « parce que le financement des écoles catholiques romaines séparées et des écoles publiques est prévu à l'art. 93 et échappe donc à tout examen fondé sur la *Charte* » (par. 27). Établissant une analogie avec l'art. 23 de la *Charte canadienne* et avec le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt *Mahe*, le juge Iacobucci a conclu que « les deux articles accordent un statut spécial à des catégories particulières de personnes » (par. 32).

25 L'avocat qui a appuyé les appelants a tenté d'établir une distinction entre la question des écoles confessionnelles en litige dans l'arrêt *Adler* et celle des droits à l'instruction dans la langue de la minorité soulevée en l'espèce en soutenant que, dans la présente affaire, aucune disposition ne correspond exactement à l'art. 29 de la *Charte canadienne*, lequel prévoit ce qui suit :

29. Nothing in this Charter abrogates or derogates from any rights or privileges guaranteed by or under the Constitution of Canada in respect of denominational, separate or dissentient schools.

The argument is that to the extent s. 29 was the foundation of the decision in *Adler*, and since there is no equivalent clause for minority language instruction, the equality guarantee of the Quebec *Charter* is to be given paramountcy.

26 We disagree. The attempt to give equality guarantees a superior status in a "hierarchy" of rights must be rejected. It will be recalled that in *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, the Court held that s. 29 was included in the *Canadian Charter* "only for greater certainty". Wilson J. stated, at pp. 1197-98:

I have indicated that the rights or privileges protected by s. 93(1) are immune from *Charter* review under s. 29 of the *Charter*. I think this is clear. What is less clear is whether s. 29 of the *Charter* was required in order to achieve that result. In my view, it was not. I believe it was put there simply to emphasize that the special treatment guaranteed by the constitution to denominational, separate or dissentient schools, even if it sits uncomfortably with the concept of equality embodied in the *Charter* because not available to other schools, is nevertheless not impaired by the *Charter*. It was never intended, in my opinion, that the *Charter* could be used to invalidate other provisions of the Constitution, particularly a provision such as s. 93 which represented a fundamental part of the Confederation compromise. Section 29, in my view, is present in the *Charter* only for greater certainty, at least in so far as the Province of Ontario is concerned. [Emphasis added.]

See also *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929, at paras. 76-77.

27 The absence of a provision similar to s. 29 for minority language instruction therefore does not assist the appellants. Equality rights, while of immense importance, constitute just part of our constitutional fabric. In *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, the protection of

29. Les dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles.

Selon cet argument, dans la mesure où la décision rendue dans *Adler* reposait sur l'art. 29, et puisqu'il n'existe aucune disposition équivalente en matière d'instruction dans la langue de la minorité, il faut accorder la primauté au droit à l'égalité garanti par la *Charte* québécoise.

Nous ne sommes pas d'accord. La tentative de conférer aux garanties d'égalité un statut supérieur dans une prétendue « hiérarchie » de droits doit être rejetée. On se rappellera que, dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, notre Cour a statué que l'art. 29 n'a été inclus dans la *Charte canadienne* « que pour assurer une plus grande certitude ». La juge Wilson a dit ce qui suit aux p. 1197-1198 :

J'ai indiqué que les droits ou privilèges garantis par le par. 93(1) ne peuvent faire l'objet d'un examen en vertu de l'art. 29 de la *Charte*. J'estime que cela est clair. Ce qui est moins clair, c'est la question de savoir si l'art. 29 de la *Charte* était nécessaire pour atteindre ce résultat. J'estime que la réponse est non. Je crois qu'on l'a placé là simplement pour souligner que la *Charte* ne porte pas atteinte au traitement spécial que la Constitution garantit aux écoles confessionnelles, séparées ou dissidentes, même s'il s'accorde mal avec le concept de l'égalité enchâssé dans la *Charte* du fait que les autres écoles ne peuvent en bénéficier. À mon avis, on n'a jamais voulu que la *Charte* puisse servir à annuler d'autres dispositions de la Constitution et, en particulier, une disposition comme l'art. 93 qui représente une partie fondamentale du compromis confédéral. L'article 29 n'est, à mon sens, présent dans la *Charte* que pour assurer une plus grande certitude, en ce qui concerne tout au moins la province de l'Ontario. [Nous soulignons.]

Voir aussi l'arrêt *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929, par. 76-77.

L'absence d'une disposition semblable à l'art. 29 relativement à l'instruction dans la langue de la minorité n'est donc d'aucun secours aux appelants. Malgré leur importance considérable, les droits à l'égalité ne sont qu'un élément de notre toile constitutionnelle. Dans le *Renvoi relatif à la sécession*

minorities was also identified as a key principle, manifested in part in minority language education rights (s. 23 of the *Canadian Charter*), denominational school rights (s. 93 of the *Constitution Act, 1867*) and aboriginal and treaty rights (ss. 25 of the *Canadian Charter* and 35 of the *Constitution Act, 1982*). The Court stated:

> . . . even though those provisions were the product of negotiation and political compromise, that does not render them unprincipled. Rather, such a concern reflects a broader principle related to the protection of minority rights. [para. 80]

See also *Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 505 (C.A.), at para. 101.

E. *Implementation of Minority Language Instruction in Quebec*

The purpose of s. 23 is the protection and promotion of the minority language community in each province. Section 23 is of prime importance given "the vital role of education in preserving and encouraging linguistic and cultural vitality. It thus represents a linchpin in this nation's commitment to the values of bilingualism and biculturalism" (*Mahe*, at p. 350).

Section 23 achieves its purpose by ensuring that the English community in Quebec and the French communities of the other provinces can flourish. As this Court said in *Mahe*, at p. 362, "[t]he section aims at achieving this goal by granting minority language educational rights to minority language parents throughout Canada" (emphasis added). This goal is quite distinct from the offering of minority language instruction to the majority, as was made clear during the constitutional debates when the then Minister of Justice, Jean Chrétien, addressed the Special Joint Committee hearings:

> We are not determining education for the majority, but for the minorities.

du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, la protection des minorités a elle aussi été identifiée comme un principe clé, qui se manifeste en partie dans les droits à l'instruction dans la langue de la minorité (art. 23 de la *Charte canadienne*), les droits aux écoles confessionnelles (art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) et les droits ancestraux ou issus des traités (art. 25 de la *Charte canadienne* et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*). La Cour a affirmé ce qui suit :

> . . . même si ces dispositions sont le résultat de négociations et de compromis politiques, cela ne signifie pas qu'elles ne sont pas fondées sur des principes. Bien au contraire, elles sont le reflet d'un principe plus large lié à la protection des droits des minorités. [par. 80]

Voir aussi *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 577 (C.A.), par. 101.

E. *Mise en œuvre de l'instruction dans la langue de la minorité au Québec*

28 L'article 23 a pour objet la protection et l'épanouissement de la minorité linguistique dans chacune des provinces. L'article 23 revêt une importance capitale en raison « du rôle primordial que joue l'instruction dans le maintien et le développement de la vitalité linguistique et culturelle. Cet article constitue en conséquence la clef de voûte de l'engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme » (*Mahe*, p. 350).

29 L'objet de l'art. 23 est atteint par l'assurance que la communauté anglophone au Québec et les communautés francophones des autres provinces peuvent s'épanouir. Ainsi que l'a dit notre Cour dans l'arrêt *Mahe*, p. 362, « [l']article cherche à atteindre ce but en accordant aux parents appartenant à la minorité linguistique des droits à un enseignement dispensé dans leur langue partout au Canada » (nous soulignons). Ce but est très différent de celui qui consiste à offrir à la majorité un enseignement dans la langue de la minorité, comme il est clairement ressorti des débats constitutionnels lorsque Jean Chrétien, alors ministre de la Justice, s'est adressé au Comité spécial mixte :

> Nous ne déterminons pas les droits à l'éducation de la majorité, nous parlons des droits à l'éducation de la minorité.

The fact that many anglophones now take advantage of immersion courses which have become very popular in Manitoba, Alberta, Saskatchewan, British Columbia etc., pleases me immensely; and it is the provinces that run these programs. Here, in the charter, we aim to protect the rights of the minority. [Emphasis added.]

(*Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue No. 48, January 29, 1981, at p. 108)

30 The appellants are members of the French language majority in Quebec and, as such, their objective in having their children educated in English simply does not fall within the purpose of s. 23. The Ontario Court of Appeal in *Abbey v. Essex County Board of Education* (1999), 42 O.R. (3d) 481, at pp. 488-89, said, with respect to Ontario, that "[a]nglophone parents in Ontario do not have a constitutional right to have their children educated in French as a matter of choice. Their children cannot be admitted to a French language school unless an admissions committee, controlled by members of the minority group, grants them access." See also *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney-General)* (1989), 58 D.L.R. (4th) 293 (N.S.S.C. (App. Div.)), at pp. 313-15. And so it is with the parents who belong to the majority language community in Quebec.

31 In rejecting "free access" as the governing principle in s. 23, the framers of the *Canadian Charter* were concerned about the consequences of permitting members of the majority language community to send their children to minority language schools. The concern at the time (which the intervener, the Commissioner of Official Languages for Canada, submitted is a continuing concern today) was that at least outside Quebec minority language schools would themselves become centres of assimilation if members of the majority language community swamped students from the minority language community. Within Quebec, the problem has the added dimension that what are intended as schools for the minority language community should not operate to undermine the desire of the majority to protect and enhance French as the majority language in Quebec,

Évidemment, dans les provinces, et je suis heureux de le constater, au Canada il y a énormément d'Anglophones maintenant qui se servent des cours d'immersion et c'est très populaire au Manitoba, en Alberta, en Saskatchewan, en Colombie-Britannique, et là ce sont les programmes des gouvernements provinciaux qui prévalent. Ici, le but de notre charte est de protéger les droits des minorités. [Nous soulignons.]

(*Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, fascicule n° 48, 29 janvier 1981, p. 108)

Les appelants sont membres de la majorité francophone du Québec et, à ce titre, leur objectif qui consiste à faire instruire leurs enfants en anglais ne correspond tout simplement pas à l'objectif visé à l'art. 23. Dans l'arrêt *Abbey c. Conseil de l'éducation du comté d'Essex* (1999), 42 O.R. (3d) 490, p. 499, la Cour d'appel de l'Ontario a dit, au sujet de cette province, que « [l]a Constitution ne garantit pas aux parents anglophones de l'Ontario le droit de choisir de faire instruire leurs enfants en français. Leurs enfants ne peuvent pas être admis dans une école de langue française à moins qu'un comité d'admission, dirigé par des membres du groupe minoritaire, ne leur en donne l'accès. » Voir aussi *Lavoie c. Nova Scotia (Attorney-General)* (1989), 58 D.L.R. (4th) 293 (C.S.N.-É. (Div. app.)), p. 313-315. Il en va de même pour les parents de la majorité linguistique au Québec.

En rejetant le « libre accès » comme principe directeur de l'art. 23, les auteurs de la *Charte canadienne* étaient soucieux des conséquences que pourrait entraîner le fait que les membres de la majorité linguistique soient admis à envoyer leurs enfants dans les écoles de la minorité linguistique. On craignait à l'époque (une préoccupation qui existe toujours aujourd'hui, selon l'intervenante, la Commissaire aux langues officielles du Canada) que les écoles des minorités linguistiques, à l'extérieur du Québec du moins, deviennent elles-mêmes des centres d'assimilation si les membres de la majorité linguistique submergeaient les élèves de la minorité linguistique. Au Québec, une autre dimension s'ajoute au problème en ce que la présence d'écoles destinées à la communauté linguistique minoritaire ne doit pas servir à contrecarrer la volonté de la

knowing that it will remain the minority language in the broader context of Canada as a whole. In the companion appeal *Casimir*, at paras. 49-50, we examine some of the concerns that would arise if minority language schools become the functional equivalents of immersion programs for the majority language community in Quebec. We also took care in *Casimir* "to emphasize that the application of s. 23 must take into account the very real differences between the situation of the minority language community in Quebec and the minority language communities in the territories and other provinces" (para. 44). If the problems are different, the solutions will not necessarily be the same.

majorité de protéger et de favoriser le français comme langue de la majorité au Québec, sachant que le français restera la langue de la minorité dans le contexte plus large de l'ensemble du Canada. Dans le pourvoi connexe *Casimir*, par. 49-50, nous examinons certains des problèmes qui pourraient surgir si les écoles de la minorité linguistique devenaient les équivalents fonctionnels des programmes d'immersion destinés à la majorité linguistique au Québec. Nous avons également pris soin, dans *Casimir*, de « souligner que l'application de l'art. 23 doit tenir compte des disparités très réelles qui existent entre la situation de la communauté linguistique minoritaire du Québec et les communautés linguistiques minoritaires des territoires et des autres provinces » (par. 44). Des problèmes différents n'appellent pas nécessairement les mêmes solutions.

Practical concerns include the management and control of minority language schools. In *Mahe*, at p. 372, our Court explained the importance of retaining control in the hands of the minority:

32 La gestion et le contrôle des écoles pour les minorités linguistiques constitue l'une des préoccupations concrètes. Dans l'arrêt *Mahe*, p. 372, notre Cour a expliqué l'importance de laisser à la minorité le contrôle de ses écoles :

> Furthermore, as the historical context in which s. 23 was enacted suggests, minority language groups cannot always rely upon the majority to take account of all of their linguistic and cultural concerns. Such neglect is not necessarily intentional: the majority cannot be expected to understand and appreciate all of the diverse ways in which educational practices may influence the language and culture of the minority.

> En outre, comme l'indique le contexte historique dans lequel l'art. 23 a été adopté, les minorités linguistiques ne peuvent pas être toujours certaines que la majorité tiendra compte de toutes leurs préoccupations linguistiques et culturelles. Cette carence n'est pas nécessairement intentionnelle : on ne peut attendre de la majorité qu'elle comprenne et évalue les diverses façons dont les méthodes d'instruction peuvent influer sur la langue et la culture de la minorité.

A provincial government that provided equal access to all citizens to minority language schools would not be "do[ing] whatever is practically possible to preserve and promote minority language education" (*Arsenault-Cameron*, at para. 26).

Un gouvernement provincial qui offrirait à tous les citoyens un accès égal aux écoles destinées aux minorités linguistiques manquerait à son obligation de « faire ce qui est pratiquement faisable pour maintenir et promouvoir l'instruction dans la langue de la minorité » (*Arsenault-Cameron*, par. 26).

In short, as Dickson C.J. observed in *Mahe*, at p. 369:

33 Bref, comme l'a fait remarquer le juge en chef Dickson dans *Mahe*, p. 369 :

> . . . it would be totally incongruous to invoke in aid of the interpretation of a provision which grants special rights to a select group of individuals, the principle of equality intended to be universally applicable to "every individual".

> . . . il serait déplacé d'invoquer un principe d'égalité destiné à s'appliquer universellement à « tous » pour interpréter une disposition qui accorde des droits particuliers à un groupe déterminé.

Practical reasons as well as legal principle support the conclusion that s. 23 minority language

34 Des raisons pratiques ainsi que des principes juridiques étayent la conclusion selon laquelle les

education rights cannot be subordinated to the equality rights guarantees relied upon by the appellants.

V. Conclusion

35 For the reasons outlined above, the appellants have no claim to publicly funded English language instruction in Quebec.

36 Their appeal is dismissed with costs (if demanded).

APPENDIX

Canadian Charter of Rights and Freedoms

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

. . .

23. (1) Citizens of Canada

(*a*) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or

(*b*) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

. . .

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

droits à l'instruction dans la langue de la minorité que garantit l'art. 23 ne peuvent être subordonnés aux droits à l'égalité invoqués par les appelants.

V. Conclusion

Pour les motifs exposés ci-dessus, les appelants ne peuvent pas revendiquer pour leurs enfants le droit à l'enseignement dans une école publique anglaise au Québec.

Leur pourvoi est rejeté avec dépens (si exigés).

ANNEXE

Charte canadienne des droits et libertés

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

. . .

23. (1) Les citoyens canadiens :

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

. . .

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

29. Nothing in this Charter abrogates or derogates from any rights or privileges guaranteed by or under the Constitution of Canada in respect of denominational, separate or dissentient schools.

Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11

72. Instruction in the kindergarten classes and in the elementary and secondary schools shall be in French, except where this chapter allows otherwise.

This rule obtains in school bodies within the meaning of the Schedule and in private educational institutions accredited for purposes of subsidies under the Act respecting private education (chapter E-9.1) with respect to the educational services covered by an accreditation.

Nothing in this section shall preclude instruction in English to foster the learning thereof, in accordance with the formalities and on the conditions prescribed in the basic school regulations established by the Government under section 447 of the Education Act (chapter I-13.3).

73. The following children, at the request of one of their parents, may receive instruction in English:

(1) a child whose father or mother is a Canadian citizen and received elementary instruction in English in Canada, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received in Canada;

(2) a child whose father or mother is a Canadian citizen and who has received or is receiving elementary or secondary instruction in English in Canada, and the brothers and sisters of that child, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary or secondary instruction received by the child in Canada;

(3) a child whose father and mother are not Canadian citizens, but whose father or mother received elementary instruction in English in Québec, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received in Québec;

(4) a child who, in his last year in school in Québec before 26 August 1977, was receiving instruction in English in a public kindergarten class or in an elementary or secondary school, and the brothers and sisters of that child;

(5) a child whose father or mother was residing in Québec on 26 August 1977 and had received elementary instruction in English outside Québec, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received outside Québec.

29. Les dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles.

Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11

72. L'enseignement se donne en français dans les classes maternelles, dans les écoles primaires et secondaires sous réserve des exceptions prévues au présent chapitre.

Cette disposition vaut pour les organismes scolaires au sens de l'Annexe et pour les établissements d'enseignement privés agréés aux fins de subventions en vertu de la Loi sur l'enseignement privé (chapitre E-9.1) en ce qui concerne les services éducatifs qui font l'objet d'un agrément.

Le présent article n'empêche pas l'enseignement en anglais afin d'en favoriser l'apprentissage, selon les modalités et aux conditions prescrites dans le Régime pédagogique établi par le gouvernement en vertu de l'article 447 de la Loi sur l'instruction publique (chapitre I-13.3).

73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de l'un de leurs parents :

1° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et a reçu un enseignement primaire en anglais au Canada, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Canada;

2° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada;

3° les enfants dont le père et la mère ne sont pas citoyens canadiens mais dont l'un d'eux a reçu un enseignement primaire en anglais au Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Québec;

4° les enfants qui, lors de leur dernière année de scolarité au Québec avant le 26 août 1977, recevaient l'enseignement en anglais dans une classe maternelle publique ou à l'école primaire ou secondaire, de même que leurs frères et sœurs;

5° les enfants dont le père ou la mère résidait au Québec le 26 août 1977, et avait reçu un enseignement primaire en anglais hors du Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu hors du Québec.

However, instruction in English received in Québec in a private educational institution not accredited for the purposes of subsidies by the child for whom the request is made, or by a brother or sister of the child, shall be disregarded. The same applies to instruction in English received in Québec in such an institution after 1 October 2002 by the father or mother of the child.

Instruction in English received pursuant to a special authorization under section 81, 85 or 85.1 shall also be disregarded.

75. The Minister of Education may empower such persons as he may designate to verify and decide on children's eligibility for instruction in English under any of sections 73, 81, 85 and 86.1.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

12. No one may, through discrimination, refuse to make a juridical act concerning goods or services ordinarily offered to the public.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellants: Brent D. Tyler, Montréal.

Solicitors for the respondents: Bernard, Roy & Associés, Montréal; Department of Justice, Montréal.

Solicitor for the intervener: Office of the Commissioner of Official Languages for Canada, Ottawa.

Il n'est toutefois pas tenu compte de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un établissement d'enseignement privé non agréé aux fins de subventions par l'enfant pour qui la demande est faite ou par l'un de ses frères et sœurs. Il en est de même de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un tel établissement, après le 1er octobre 2002, par le père ou la mère de l'enfant.

Il n'est pas tenu compte non plus de l'enseignement en anglais reçu en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des articles 81, 85 ou 85.1.

75. Le ministre de l'Éducation peut conférer à des personnes qu'il désigne le pouvoir de vérifier l'admissibilité des enfants à l'enseignement en anglais en vertu de l'un ou l'autre des articles 73, 81, 85 et 86.1 et de statuer à ce sujet.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

12. Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur des appelants : Brent D. Tyler, Montréal.

Procureurs des intimés : Bernard, Roy & Associés, Montréal; Ministère de la Justice, Montréal.

Procureur de l'intervenante : Commissariat aux langues officielles du Canada, Ottawa.

Ikechukwu Okwuobi *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec and François Legault, in his capacity as Minister of Education *Respondents*

and between

Edwidge Casimir *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec and François Legault, in his capacity as Minister of Education *Respondents*

and between

Consuelo Zorrilla *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec *Respondent*

Ikechukwu Okwuobi *Appelant*

c.

Procureur général du Québec et François Legault, ès qualités de ministre de l'Éducation *Intimés*

et entre

Edwidge Casimir *Appelante*

c.

Procureur général du Québec et François Legault, ès qualités de ministre de l'Éducation *Intimés*

et entre

Consuelo Zorrilla *Appelante*

c.

Procureur général du Québec *Intimé*

INDEXED AS: OKWUOBI *v.* LESTER B. PEARSON SCHOOL BOARD; CASIMIR *v.* QUEBEC (ATTORNEY GENERAL); ZORRILLA *v.* QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2005 SCC 16.

File No.: 29299.

2004: March 22; 2005: March 31.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Administrative law — Administrative Tribunal of Québec — Jurisdiction in respect of minority language education claims — Remedial powers — Eligibility for public instruction in English in Quebec — Claimants bypassing administrative appeal process and seeking injunctive and declaratory relief in Superior Court — Whether claimants must follow administrative

RÉPERTORIÉ : OKWUOBI *c.* COMMISSION SCOLAIRE LESTER-B.-PEARSON; CASIMIR *c.* QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL); ZORRILLA *c.* QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2005 CSC 16.

N° du greffe : 29299.

2004 : 22 mars; 2005 : 31 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit administratif — Tribunal administratif du Québec — Compétence relative aux demandes d'enseignement dans la langue de la minorité — Pouvoirs de réparation — Admissibilité à fréquenter une école publique anglaise au Québec — Demandeurs contournant le processus d'appel administratif et demandant à la Cour supérieure une injonction et un jugement déclaratoire —

process — Whether Tribunal has exclusive jurisdiction to hear appeals in respect of entitlement to minority language education — Whether Tribunal can decide constitutional questions incidental to its determination of entitlement to minority language education — Whether Tribunal's decision concerning entitlement binding on school board — Scope of residual jurisdiction of Superior Court in respect of injunctive relief and direct constitutional challenges.

The appellant parents are seeking access, for their children, to public instruction in English in Quebec pursuant to s. 73 of the *Charter of the French language*. They attempted to bypass the administrative appeal process set out in that act by seeking injunctive and declaratory relief in the Superior Court. In the cases of C and O, the Superior Court granted the Attorney General of Quebec's motion to dismiss on jurisdictional grounds. In Z's case, the same motion was dismissed. The Court of Appeal affirmed the Superior Court's decisions in the cases of C and O, and set aside the decision in the case of Z. The court concluded that the Administrative Tribunal of Québec ("ATQ") had jurisdiction to hear the claims for minority language education and that the administrative appeal process could not be circumvented.

Held: The appeal should be dismissed.

The appellants did not have the right to bypass the ATQ since it has exclusive jurisdiction to hear appeals in respect of entitlement to minority language education. The administrative process requires that before turning to the Superior Court to gain access to minority language education in Quebec, a claimant must first apply to a designated person for a certificate of eligibility and, if necessary, appeal that decision to the ATQ pursuant to s. 83.4 of the *Charter of the French language*. According to s. 14 of the *Act respecting administrative justice*, the ATQ has exclusive jurisdiction to make determinations in respect of proceedings brought against an administrative authority. When s. 14 is read in conjunction with s. 83.4, it is clear that the Quebec legislature intended to confer on the ATQ exclusive jurisdiction over all disputes relating to s. 73 of the *Charter of the French language*. Aside from certain specific exceptions, courts should respect the clear intent of the legislature. [19] [25] [38]

The ATQ has the capacity to consider and decide constitutional questions, including the conformity of s. 73 of the *Charter of the French language* with s. 23 of the

Les demandeurs doivent-ils suivre le processus administratif? — Le Tribunal a-t-il compétence exclusive pour entendre les appels concernant le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité? — Le Tribunal peut-il statuer sur des questions constitutionnelles incidentes à ses décisions relatives au droit à l'enseignement dans la langue de la minorité? — La décision du Tribunal en matière d'admissibilité est-elle opposable au conseil scolaire? — Étendue de la compétence résiduelle de la Cour supérieure en matière d'injonction et de contestations constitutionnelles directes.

Les parents appelants demandent que leurs enfants puissent fréquenter une école publique anglaise au Québec conformément à l'art. 73 de la *Charte de la langue française*. Ils ont tenté de contourner le processus administratif prévu dans cette loi en demandant à la Cour supérieure une injonction et un jugement déclaratoire. Dans les cas de C et O, la Cour supérieure a accueilli la requête en irrecevabilité fondée sur des motifs de compétence présentée par le procureur général du Québec. Dans le cas de Z, une requête semblable a été rejetée. La Cour d'appel a confirmé les décisions de la Cour supérieure dans les cas de C et O et a infirmé la décision dans le cas de Z. La Cour d'appel a conclu que le Tribunal administratif du Québec (« TAQ ») avait compétence pour entendre les demandes d'instruction dans la langue de la minorité et que le processus d'appel administratif ne pouvait être contourné.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les appelants n'avaient pas le droit de court-circuiter le TAQ puisqu'il possède le pouvoir exclusif d'entendre les appels en matière de droit à l'enseignement dans la langue de la minorité. Le processus administratif oblige le réclamant, avant de s'adresser à la Cour supérieure pour obtenir l'accès à l'enseignement dans la langue de la minorité au Québec, à demander à une personne désignée un certificat d'admissibilité et, au besoin, à interjeter appel de cette décision au TAQ, conformément à l'art. 83.4 de la *Charte de la langue française*. Selon l'art. 14 de la *Loi sur la justice administrative*, le TAQ détient le pouvoir exclusif de statuer sur les recours formés contre une autorité administrative. Conjugué à l'art. 83.4, l'art. 14 fait clairement ressortir la volonté du législateur québécois d'attribuer au TAQ une compétence exclusive à l'égard de tous les litiges liés à l'art. 73 de la *Charte de la langue française*. Hormis certaines exceptions précises, les tribunaux devraient respecter l'intention manifeste du législateur. [19] [25] [38]

Le TAQ a la capacité d'examiner et de trancher des questions constitutionnelles, notamment celle de la compatibilité de l'art. 73 de la *Charte de la langue française*

Canadian Charter. The ATQ has explicit jurisdiction, under s. 15 of the *Act respecting administrative justice*, to decide questions of law, and there is no indication that the legislature intended to exclude *Canadian Charter* issues from the ATQ's authority over questions of law. On the contrary, the overall structure of the ATQ, that of a highly sophisticated, quasi-judicial body, indicates that the legislature intended to have the ATQ deal with all legal issues. [32-35] [37]

The ATQ has, under ss. 74 and 107 of the *Act respecting administrative justice*, all the remedial powers necessary to exercise its jurisdiction, and the absence of a particular remedy is not a reason to circumvent the administrative process. Although the ATQ cannot issue a formal declaration of invalidity, a claimant can nevertheless bring a case involving a challenge to the constitutionality of a provision before the ATQ. If the ATQ finds a violation of the *Canadian Charter*, it may disregard the provision on constitutional grounds and rule on the claim as if the impugned provision were not in force. Such a ruling would, however, be subject to judicial review on a correctness standard, and the claimant could then seek a formal declaration of invalidity. Similarly, although the ATQ cannot grant injunctive relief, the broad wording of s. 74 indicates an intention on the part of the Quebec legislature to grant the ATQ the remedial authority needed to safeguard the rights of the parties. [43-46]

A decision of the ATQ concerning a child's eligibility for instruction in English is binding on a school board even if it is not a party to the appeal. [47]

In light of the exclusive jurisdiction and broad powers accorded to the ATQ, the Superior Court should exercise sparingly its discretion to award injunctive relief in minority language education claims and should only do so to complement, not to weaken, the administrative process. Despite the conferral by the legislature on the ATQ of remedial power with respect to constitutional rights, the residual, inherent jurisdiction of the Superior Court to hear direct constitutional challenges to a legislative scheme remains in place to provide the appropriate and just remedy where required. [51-55]

Cases Cited

Applied: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*,

avec l'art. 23 de la *Charte canadienne*. L'article 15 de la *Loi sur la justice administrative* habilite explicitement le TAQ à trancher des questions de droit, et rien n'indique que le législateur avait l'intention de soustraire les questions relatives à la *Charte canadienne* à la compétence que le TAQ possède à l'égard des questions de droit. Au contraire, la structure générale du TAQ, qui est celle d'un organisme quasi judiciaire fort complexe, témoigne de la volonté du législateur de voir le TAQ trancher toutes les questions de droit. [32-35] [37]

Aux termes des art. 74 et 107 de la *Loi sur la justice administrative*, le TAQ possède tous les pouvoirs de réparation nécessaires à l'exercice de sa compétence, et l'absence d'un recours en particulier ne justifie pas que l'on contourne le processus administratif. Bien que le TAQ ne puisse pas prononcer une déclaration formelle d'invalidité, un demandeur peut quand même soumettre au TAQ une affaire qui soulève la constitutionnalité d'une disposition. Si le TAQ conclut qu'il y a violation de la *Charte canadienne*, il peut refuser d'appliquer la disposition pour des motifs constitutionnels et statuer sur la demande comme si elle n'était pas en vigueur. Une telle décision resterait cependant susceptible d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte, et le demandeur pourrait alors demander une déclaration formelle d'invalidité. De même, bien que le TAQ ne puisse accorder une injonction, le libellé général de l'art. 74 témoigne de l'intention du législateur québécois d'accorder au TAQ les pouvoirs de réparation nécessaires pour sauvegarder les droits des parties. [43-46]

Une décision du TAQ concernant le droit d'un enfant à l'enseignement en anglais lie le conseil scolaire, même si ce dernier n'est pas partie à l'appel. [47]

Compte tenu de l'exclusivité de la compétence du TAQ et de l'étendue de ses pouvoirs de réparation, la Cour supérieure devrait exercer avec prudence son pouvoir discrétionnaire de consentir des injonctions dans le cadre des demandes d'enseignement dans la langue de la minorité, et elle ne devrait le faire que pour compléter le processus administratif et non pour l'affaiblir. Malgré que le législateur ait délégué au TAQ des pouvoirs de réparation en matière de droits constitutionnels, la compétence résiduelle et inhérente de la Cour supérieure lui permettant de statuer sur des contestations mettant directement en cause un régime législatif subsiste et lui permet d'accorder au besoin la réparation qui est convenable et juste. [51-55]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest*

[2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; **referred to:** *Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 238, 2005 SCC 15; *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 201, 2005 SCC 14; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Québec (Procureure générale) v. Barreau de Montréal*, [2001] R.J.Q. 2058; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting administrative justice, R.S.Q., c. J-3, ss. 14, 15, 24, 25, 38, 74, 82, 107, 112, Sch. I, s. 3.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 23, 24(1).
Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11, ss. 72, 73, 75, 76, 81, 82-83, 83.4, 85, 86.1.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 31, 751.
Rules of procedure of the Administrative Tribunal of Québec, (1999) 131 G.O. II, 4122, s. 17.

Authors Cited

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.
Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L'injonction*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Gendreau, Mailhot and Forget JJ.A.), [2002] R.J.Q. 1278, [2002] Q.J. No. 1130 (QL), affirming a decision of Crôteau J., [2001] Q.J. No. 4191 (QL). Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Gendreau, Mailhot and Forget JJ.A.), [2002] Q.J. No. 1124 (QL), affirming a decision of Viau J. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Gendreau, Mailhot and Forget JJ.A.), [2002] Q.J. No. 1129 (QL), setting aside a decision of Bishop J., [2001] Q.J. No. 867 (QL). Appeal dismissed.

Appeals Commission), [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; **arrêts mentionnés :** *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238, 2005 CSC 15; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201, 2005 CSC 14; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Québec (Procureure générale) c. Barreau de Montréal*, [2001] R.J.Q. 2058; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 23, 24(1).
Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11, art. 72, 73, 75, 76, 81, 82-83, 83.4, 85, 86.1.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 31, 751.
Loi sur la justice administrative, L.R.Q., ch. J-3, art. 14, 15, 24, 25, 38, 74, 82, 107, 112, ann. I, art. 3.
Règles de procédure du Tribunal administratif du Québec, (1999) 131 G.O. II, 5616, art. 17.

Doctrine citée

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.
Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L'injonction*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Gendreau, Mailhot et Forget), [2002] R.J.Q. 1278, [2002] J.Q. nº 1130 (QL), qui a confirmé une décision du juge Crôteau, [2001] J.Q. nº 4191 (QL). Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Gendreau, Mailhot et Forget), [2002] J.Q. nº 1124 (QL), qui a confirmé une décision du juge Viau. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Gendreau, Mailhot et Forget), [2002] J.Q. nº 1129 (QL), qui a infirmé une décision du juge Bishop, [2001] J.Q. nº 867 (QL). Pourvoi rejeté.

Brent D. Tyler and *Walter C. Elmore*, for the appellants.

Benoît Belleau, for the respondents.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

This is one of three companion appeals about entitlement to minority language education, the other two being *Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 238, 2005 SCC 15, and *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 201, 2005 SCC 14. This appeal concerns the scope of the jurisdiction of the Administrative Tribunal of Québec ("ATQ"), its ability to consider and determine claims to constitutional entitlements, and the obligation of claimants to follow the administrative appeal process. We are in agreement with the Quebec Court of Appeal that the ATQ has this jurisdiction and that the administrative appeal process may not be bypassed. We acknowledge, however, that superior courts retain the residual jurisdiction to grant injunctive relief in certain urgent situations and to consider, in appropriate circumstances, a direct constitutional challenge to the law. For the reasons that follow, we would dismiss the appeal.

II. Background and Judicial History

This appeal emerged out of several disputes about entitlement to minority language education. In each case, the claimants attempted to bypass the administrative process and move the dispute to the Superior Court of Quebec. What follows is a brief review of the facts of each case and the outcomes at the Superior Court, followed by a review of the outcome of the joint appeal to the Quebec Court of Appeal.

Brent D. Tyler et *Walter C. Elmore*, pour les appelants.

Benoît Belleau, pour les intimés.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR —

I. Introduction

Il s'agit en l'espèce de l'un de trois pourvois connexes relatifs au droit à l'enseignement dans la langue de la minorité, les deux autres étant *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238, 2005 CSC 15, et *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201, 2005 CSC 14. Le présent appel porte sur l'étendue de la compétence du Tribunal administratif du Québec (« TAQ »), sur sa capacité d'examiner et de trancher les revendications de droits constitutionnels, et sur l'obligation pour les demandeurs de suivre le processus d'appel administratif. Nous sommes d'avis, tout comme la Cour d'appel du Québec, que le TAQ possède cette compétence et que les parties intéressées doivent respecter ce processus d'appel administratif. Nous reconnaissons toutefois que les cours supérieures conservent une compétence résiduelle qui leur permet d'accorder des injonctions dans certaines situations urgentes et d'examiner, lorsque les circonstances s'y prêtent, une contestation mettant directement en cause la constitutionnalité de la loi. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Contexte et historique des procédures judiciaires

Le présent pourvoi provient d'un certain nombre de litiges portant sur le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité. Dans chaque cas, les demandeurs ont tenté de contourner le processus administratif, afin de soumettre directement le litige à la Cour supérieure du Québec. Dans les paragraphes qui suivent, nous rappellerons brièvement les faits de chaque affaire et les décisions de la Cour supérieure, ainsi que le sort de l'appel conjoint formé devant la Cour d'appel du Québec.

A. *The Casimir Case, Viau J. (Superior Court of Quebec)*

3 The appellant Edwidge Casimir, a Canadian citizen and mother of two, registered her children with the English Montreal School Board. She also applied to the Minister pursuant to s. 73(2) of the *Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11, for a certificate of eligibility for her children. The application was denied by the Minister's designated person on the ground that the eldest child had not received the major part of her instruction in English in Canada as required by s. 73(2). Instead of following the regular administrative appeal process, Ms. Casimir filed an "application for interlocutory and permanent declaratory and injunctive relief" in the Superior Court, asking for, *inter alia*, an order that the school board provide public instruction to her children in English and a declaration that she was a "right-holder" under s. 23(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and had the right to send her children to an English public school in Quebec.

4 On November 13, 2000, the Superior Court granted the Attorney General's motion to dismiss on jurisdictional grounds. In brief reasons, Viau J. ruled that the ATQ had jurisdiction to hear Ms. Casimir's case.

B. *The Zorrilla Case, Bishop J. (Superior Court of Quebec)*

5 The appellant Consuelo Zorrilla is a Canadian citizen. Her son, who was born in 1990, attended an unsubsidized English private school in Quebec from December 2000 to June 2001. Ms. Zorrilla filed an application for declaratory relief in the Superior Court, seeking a declaration that ss. 72 and 73 of the *Charter of the French language* are inconsistent with s. 23(2) of the *Canadian Charter* and are invalid to the extent that s. 73(2), in granting the right to receive instruction in English in Quebec, requires that the major part of the child's instruction in Canada be in English.

A. *L'affaire Casimir, le juge Viau (Cour supérieure du Québec)*

L'appelante Edwidge Casimir, citoyenne canadienne et mère de deux enfants, a inscrit ces derniers à la Commission scolaire English-Montréal. Elle a aussi demandé au ministre un certificat d'admissibilité de ses enfants conformément au par. 73(2) de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11. La personne désignée par le ministre a refusé la demande parce que l'aînée n'avait pas reçu la majeure partie de son enseignement en anglais au Canada comme l'exige le par. 73(2). Plutôt que d'utiliser la procédure d'appel administratif habituelle, M^me^ Casimir a présenté à la Cour supérieure une requête pour obtenir un jugement déclaratoire et une injonction interlocutoire et permanente. Elle a demandé notamment à la cour d'ordonner à la Commission scolaire d'offrir à ses enfants un enseignement public en anglais, et de déclarer qu'elle était un « titulaire de droits » visé au par. 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle jouissait du droit d'envoyer ses enfants dans une école publique anglaise au Québec.

Le 13 novembre 2000, la Cour supérieure a accueilli la requête en irrecevabilité fondée sur des motifs de compétence présentée par le procureur général. Dans de brefs motifs, le juge Viau a conclu que le TAQ détenait la compétence d'entendre la demande de M^me^ Casimir.

B. *L'affaire Zorrilla, le juge Bishop (Cour supérieure du Québec)*

L'appelante Consuelo Zorrilla est citoyenne canadienne. Son fils, né en 1990, a fréquenté une école anglaise privée non subventionnée au Québec entre décembre 2000 et juin 2001. M^me^ Zorrilla a demandé par requête à la Cour supérieure de déclarer les art. 72 et 73 de la *Charte de la langue française* incompatibles avec le par. 23(2) de la *Charte canadienne* et invalides dans la mesure où le par. 73(2), qui accorde le droit à l'enseignement en anglais au Québec, exige que l'enfant ait reçu la majeure partie de son enseignement en anglais au Canada.

On March 7, 2001, the Superior Court dismissed the Attorney General's motion to dismiss the application on jurisdictional grounds ([2001] Q.J. No. 867 (QL)). Bishop J. held that proceeding directly to the Superior Court was the appropriate recourse. One reason for his reaching this decision related to practical issues of timing and cost. Bishop J. also found that the ATQ would have had jurisdiction to hear the constitutional question only if the question had already been heard by the review committee. Since no decision was sought from the review committee, the ATQ did not have jurisdiction to hear the constitutional challenge, whereas the Superior Court did. Finally, the trial judge noted that the relief sought by Ms. Zorrilla was grounded in s. 24(1) of the *Canadian Charter*. She was seeking a formal declaration of invalidity, not only for her son, but also for other children in similar situations. The ATQ could not grant this remedy.

6 Le 7 mars 2001, la Cour supérieure a rejeté la requête en irrecevabilité fondée sur des motifs de compétence présentée par le procureur général ([2001] J.Q. nº 867 (QL)). Le juge Bishop a conclu que la demande présentée directement à la Cour supérieure constituait le recours approprié. Cette décision était notamment motivée par des considérations pratiques d'opportunité et de coût. Le juge Bishop a aussi conclu que le TAQ n'aurait eu compétence pour connaître de la question constitutionnelle que si cette question avait déjà été soumise au comité de révision. Puisque aucune décision du comité de révision n'était sollicitée, le TAQ n'avait pas le pouvoir d'entendre la contestation constitutionnelle, alors que la Cour supérieure possédait ce pouvoir. Enfin, le juge de première instance a fait remarquer que la réparation demandée par M^me^ Zorrilla était fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne*. Elle cherchait à obtenir une déclaration formelle d'invalidité, non seulement pour son fils, mais également pour les autres enfants se trouvant dans la même situation. Le TAQ ne pouvait accorder une telle réparation.

C. *The Okwuobi Case, Crôteau J. (Superior Court of Quebec)*

The appellant Ikechukwu Okwuobi is a Canadian citizen and a father of two. He applied pursuant to s. 73(2) of the *Charter of the French language* for a certificate of eligibility to permit his children to attend schools in the Lester B. Pearson School Board. His application was denied by the designated person on the ground that his eldest son had not received the major part of his instruction in English in Canada. Mr. Okwuobi appealed the decision to the review committee and filed an "application for interlocutory and permanent declaratory and injunctive relief" in the Superior Court. He asked the court to declare ss. 72 and 73 of the *Charter of the French language* invalid on the ground that they are inconsistent with s. 23(2) of the *Canadian Charter*. On September 10, 2001, the Superior Court granted the respondents' motion to dismiss on jurisdictional grounds ([2001] Q.J. No. 4191 (QL)). On the same day, the review committee dismissed Mr. Okwuobi's appeal of the administrative decision. He then appealed to the ATQ which, on December 19,

C. *L'affaire Okwuobi, le juge Crôteau (Cour supérieure du Québec)*

7 L'appelant Ikechukwu Okwuobi est citoyen canadien et père de deux enfants. Il a demandé conformément au par. 73(2) de la *Charte de la langue française* un certificat d'admissibilité permettant à ses enfants de fréquenter l'école à la Commission scolaire Lester-B.-Pearson. La personne désignée a rejeté sa demande parce que son fils aîné n'avait pas reçu la majeure partie de son enseignement en anglais au Canada. M. Okwuobi a interjeté appel de la décision devant le comité de révision et a déposé à la Cour supérieure une requête en jugement déclaratoire et en injonction provisoire et permanente. Il a demandé à la cour d'invalider les art. 72 et 73 de la *Charte de la langue française* parce qu'ils sont incompatibles avec le par. 23(2) de la *Charte canadienne*. Le 10 septembre 2001, la Cour supérieure a accueilli la requête en irrecevabilité fondée sur des motifs de compétence présentée par les intimés ([2001] J.Q. nº 4191 (QL)). Le même jour, le comité de révision a rejeté l'appel formé par M. Okwuobi à l'encontre de la décision

2001, reversed the review committee's decision and declared the children eligible for public instruction in English in Quebec.

8 As mentioned above, the Superior Court granted the respondents' motion to dismiss on jurisdictional grounds on September 10, 2001. Crôteau J. held that the ATQ had exclusive jurisdiction with respect to all the questions raised in Mr. Okwuobi's application. He ruled that the administrative process had not yet been exhausted and that he should therefore decline to hear Mr. Okwuobi's application. That decision was appealed to the Court of Appeal.

D. *Joined Appeal to the Quebec Court of Appeal*

9 The Quebec Court of Appeal heard the *Casimir*, *Zorrilla* and *Okwuobi* cases together, affirming the decisions in *Casimir* ([2002] Q.J. No. 1124 (QL)) and *Okwuobi* ([2002] R.J.Q. 1278) and reversing the decision in *Zorrilla* ([2002] Q.J. No. 1129 (QL)). The Court of Appeal's reasons for decision are found in *Okwuobi*.

10 The Court of Appeal considered the case law of this Court, and took the decisions in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, and *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81, as authorities for the proposition that where an administrative tribunal is given the power to hear questions of law, this includes the power to interpret and apply the *Canadian Charter*. Citing *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, the Court of Appeal concluded that a model of exclusive jurisdiction was to be preferred to one of concurrent or overlapping jurisdiction. On the basis of *Weber* and *974649 Ontario*, the Court of Appeal concluded that a "court of competent jurisdiction" is one that has jurisdiction over the parties, the subject matter of the litigation and the remedy being sought.

11 The Court of Appeal was convinced that the ATQ had jurisdiction both over the parties and over

administrative. Après un appel de cette décision, le TAQ a, le 19 décembre 2001, infirmé la décision du comité de révision et déclaré les enfants admissibles à fréquenter une école publique anglaise au Québec.

Tel qu'indiqué ci-dessus, le 10 septembre 2001, la Cour supérieure a accueilli la requête en irrecevabilité fondée sur des motifs de compétence présentée par les intimés. Le juge Crôteau a statué que le TAQ avait compétence exclusive à l'égard de toutes les questions soulevées dans la requête présentée par M. Okwuobi. Il a conclu que le processus administratif n'avait pas encore été épuisé. En conséquence, il devait refuser d'entendre la requête de M. Okwuobi. Cette décision a fait l'objet d'un appel à la Cour d'appel.

D. *Jonction d'appels à la Cour d'appel du Québec*

La Cour d'appel du Québec a entendu ensemble les affaires *Casimir*, *Zorrilla* et *Okwuobi*, a confirmé les décisions rendues dans *Casimir* ([2002] J.Q. nº 1124 (QL)) et *Okwuobi* ([2002] R.J.Q. 1278), et a infirmé celle prononcée dans *Zorrilla* ([2002] J.Q. nº 1129 (QL)). Les motifs de la décision de la Cour d'appel se trouvent dans l'arrêt *Okwuobi*.

La Cour d'appel a examiné la jurisprudence de notre Cour et a retenu des arrêts *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, et *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81, que lorsqu'un tribunal administratif est investi du pouvoir de statuer sur des questions de droit, ce pouvoir comprend celui d'interpréter et d'appliquer la *Charte canadienne*. Citant l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, la Cour d'appel a décidé qu'il fallait opter pour un modèle de compétence exclusive de préférence à un modèle de compétence concurrente ou de chevauchement des compétences. Se fondant sur les arrêts *Weber* et *974649 Ontario*, la Cour d'appel a décidé qu'un « tribunal compétent » est un tribunal qui a compétence à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée.

La Cour d'appel s'est dite convaincue que le TAQ avait compétence tant à l'égard des parties qu'à

the subject matter of the litigation, in that the litigation related to the application of the *Charter of the French language*. The court thus turned to whether the ATQ could grant the remedy being sought by Mr. Okwuobi. It adopted the approach of McLachlin C.J. in *974649 Ontario*, where she developed a functional and structural approach to deciding whether a tribunal may grant the remedy being sought. In particular, McLachlin C.J. stated the following, at para. 45:

> The question, in essence, is whether the legislature or Parliament has furnished the court or tribunal with the tools necessary to fashion the remedy sought under s. 24 in a just, fair and consistent manner without impeding its ability to perform its intended function.

The Court of Appeal also referred to the statement in *974649 Ontario*, that the "history and accepted practice of the institution" must be considered in determining whether the tribunal may grant the remedy being sought (para. 46).

As a result, the Court of Appeal concluded, based in particular on s. 83.4 of the *Charter of the French language* and s. 14 of the *Act respecting administrative justice*, R.S.Q., c. J-3, that the legislature intended to confer on the ATQ the power to deal with all litigation relating to the application of s. 73 of the *Charter of the French language*. The Court of Appeal found that the ATQ has exclusive jurisdiction to interpret any law necessary for the exercise of its jurisdiction. Moreover, s. 74 of the *Act respecting administrative justice* provides that the ATQ may make decisions of an interlocutory nature in order to safeguard the rights of the parties. Finally, the Court of Appeal, referring to one of its earlier decisions, *Québec (Procureure générale) v. Barreau de Montréal*, [2001] R.J.Q. 2058, at p. 2090, pointed out that the structure of the ATQ was similar in many ways to that of a court of law.

The Court of Appeal accordingly held that the function and structure of the ATQ conferred exclusive jurisdiction over this matter on the ATQ and gave it the authority to grant a remedy pursuant to s. 24 of the *Canadian Charter*. The Superior Court's

l'égard de l'objet du litige, puisque le litige avait trait à l'application de la *Charte de la langue française*. La cour s'est donc demandé si le TAQ pouvait accorder la réparation demandée par M. Okwuobi. Elle a fait sienne la méthode retenue par la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *974649 Ontario*. La juge en chef avait alors adopté une approche fonctionnelle et structurelle pour décider si un tribunal administratif pouvait accorder la réparation demandée. Plus particulièrement, la juge en chef McLachlin explique au par. 45 :

> Essentiellement, il s'agit de déterminer si la législature ou le Parlement a doté le tribunal judiciaire ou administratif concerné des outils nécessaires pour lui permettre de façonner de manière juste, équitable et uniforme la réparation demandée en vertu de l'art. 24, sans nuire à sa capacité d'accomplir sa fonction première.

La Cour d'appel a également renvoyé au commentaire contenu à l'arrêt *974649 Ontario*, selon lequel il fallait tenir compte de « l'historique de l'institution et [de] sa pratique reconnue », afin de déterminer si le tribunal peut accorder la réparation demandée (par. 46).

12 Par conséquent, la Cour d'appel a conclu, en se fondant en particulier sur l'art. 83.4 de la *Charte de la langue française* et sur l'art. 14 de la *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., ch. J-3, que le législateur entendait conférer au TAQ le pouvoir de trancher tout litige relatif à l'application de l'art. 73 de la *Charte de la langue française*. La Cour d'appel a jugé que le TAQ détenait la compétence exclusive d'interpréter toute loi nécessaire à l'exercice de sa compétence. En outre, aux termes de l'art. 74 de la *Loi sur la justice administrative*, le TAQ peut rendre les décisions interlocutoires nécessaires à la préservation des droits des parties. Enfin, la Cour d'appel, citant l'une de ses décisions antérieures, *Québec (Procureure générale) c. Barreau de Montréal*, [2001] R.J.Q. 2058, p. 2090, a souligné que la structure du TAQ s'apparente à plusieurs égards à celle d'une cour de justice.

13 La Cour d'appel a donc conclu que la fonction et la structure du TAQ lui confèrent une compétence exclusive à l'égard du litige et l'autorisent à accorder une réparation fondée sur l'art. 24 de la *Charte canadienne*. Elle a ainsi confirmé les jugements

judgments in *Okwuobi* and *Casimir* were affirmed, while its judgment in *Zorrilla* was set aside.

de la Cour supérieure dans les affaires *Okwuobi* et *Casimir* et infirmé le jugement de cette dernière dans l'affaire *Zorrilla*.

III. Relevant Legislative Provisions

III. Dispositions législatives pertinentes

14 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

23. (1) Citizens of Canada

(*a*) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or

(*b*) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

Charte canadienne des droits et libertés

23. (1) Les citoyens canadiens :

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11

72. Instruction in the kindergarten classes and in the elementary and secondary schools shall be in French, except where this chapter allows otherwise.

. . .

73. The following children, at the request of one of their parents, may receive instruction in English:

(1) a child whose father or mother is a Canadian citizen and received elementary instruction in English in Canada, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received in Canada;

(2) a child whose father or mother is a Canadian citizen and who has received or is receiving elementary or secondary instruction in English in Canada, and the brothers and sisters of that child, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary or secondary instruction received by the child in Canada;

(3) a child whose father and mother are not Canadian citizens, but whose father or mother received

Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11

72. L'enseignement se donne en français dans les classes maternelles, dans les écoles primaires et secondaires sous réserve des exceptions prévues au présent chapitre.

. . .

73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de l'un de leurs parents :

1° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et a reçu un enseignement primaire en anglais au Canada, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Canada;

2° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada;

3° les enfants dont le père et la mère ne sont pas citoyens canadiens mais dont l'un d'eux a reçu un

elementary instruction in English in Québec, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received in Québec;

(4) a child who, in his last year in school in Québec before 26 August 1977, was receiving instruction in English in a public kindergarten class or in an elementary or secondary school, and the brothers and sisters of that child;

(5) a child whose father or mother was residing in Québec on 26 August 1977 and had received elementary instruction in English outside Québec, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received outside Québec.

However, instruction in English received in Québec in a private educational institution not accredited for the purposes of subsidies by the child for whom the request is made, or by a brother or sister of the child, shall be disregarded. The same applies to instruction in English received in Québec in such an institution after 1 October 2002 by the father or mother of the child.

Instruction in English received pursuant to a special authorization under section 81, 85 or 85.1 shall also be disregarded.

75. The Minister of Education may empower such persons as he may designate to verify and decide on children's eligibility for instruction in English under any of sections 73, 81, 85 and 86.1.

83.4. Any decision concerning a child's eligibility for instruction in English made pursuant to section 73, 76, 81, 85 or 86.1 by a designated person may, within 60 days of notification of the decision, be contested before the Administrative Tribunal of Québec.

Act respecting administrative justice, R.S.Q., c. J-3

14. The Administrative Tribunal of Québec is hereby instituted.

The function of the Tribunal, in the cases provided for by law, is to make determinations in respect of proceedings brought against an administrative authority or a decentralized authority.

Except where otherwise provided by law, the Tribunal shall exercise its jurisdiction to the exclusion of any other tribunal or adjucative body.

15. The Tribunal has the power to decide any question of law or fact necessary for the exercise of its jurisdiction.

In the case of the contestation of a decision, the Tribunal may confirm, vary or quash the contested

enseignement primaire en anglais au Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Québec;

4° les enfants qui, lors de leur dernière année de scolarité au Québec avant le 26 août 1977, recevaient l'enseignement en anglais dans une classe maternelle publique ou à l'école primaire ou secondaire, de même que leurs frères et sœurs;

5° les enfants dont le père ou la mère résidait au Québec le 26 août 1977, et avait reçu un enseignement primaire en anglais hors du Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu hors du Québec.

Il n'est toutefois pas tenu compte de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un établissement d'enseignement privé non agréé aux fins de subventions par l'enfant pour qui la demande est faite ou par l'un de ses frères et sœurs. Il en est de même de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un tel établissement, après le 1er octobre 2002, par le père ou la mère de l'enfant.

Il n'est pas tenu compte non plus de l'enseignement en anglais reçu en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des articles 81, 85 ou 85.1.

75. Le ministre de l'Éducation peut conférer à des personnes qu'il désigne le pouvoir de vérifier l'admissibilité des enfants à l'enseignement en anglais en vertu de l'un ou l'autre des articles 73, 81, 85 et 86.1 et de statuer à ce sujet.

83.4. Toute décision sur l'admissibilité d'un enfant à l'enseignement en anglais, rendue par une personne désignée en application des articles 73, 76, 81, 85 ou 86.1, peut, dans un délai de 60 jours de sa notification, être contestée devant le Tribunal administratif du Québec.

Loi sur la justice administrative, L.R.Q., ch. J-3

14. Est institué le « Tribunal administratif du Québec ».

Il a pour fonction, dans les cas prévus par la loi, de statuer sur les recours formés contre une autorité administrative ou une autorité décentralisée.

Sauf disposition contraire de la loi, il exerce sa compétence à l'exclusion de tout autre tribunal ou organisme juridictionnel.

15. Le Tribunal a le pouvoir de décider toute question de droit ou de fait nécessaire à l'exercice de sa compétence.

Lorsqu'il s'agit de la contestation d'une décision, il peut confirmer, modifier ou infirmer la décision

decision and, if appropriate, make the decision which, in its opinion, should have been made initially.

24. In matters of health services and social services, education and road safety, the social affairs division is charged with making determinations in respect of the proceedings referred to in section 3 of Schedule I pertaining in particular, as regards health services and social services matters, to decisions relating to access to documents or information concerning a beneficiary, a person's eligibility for a health insurance program, the identification of a handicapped person, the evacuation and relocation of certain persons, a permit issued to a health services or social services institution, to an organ and tissue bank, to a laboratory or to other services or an adapted work centre certificate, or decisions concerning a health professional or the members of the board of directors of an institution.

25. . . .

Proceedings referred to in paragraphs 2.1 and 5.1 of section 3 of Schedule I shall be heard and determined by a panel of two members, one of whom shall be an advocate or notary and the other, a person well-acquainted with the field of education.

. . .

38. The Tribunal shall be composed of members who are independent and impartial, appointed by the Government in the number determined by the Government.

74. The Tribunal and its members are vested with the powers and immunity of commissioners appointed under the Act respecting public inquiry commissions (chapter C-37), except the power to order imprisonment.

They are also vested with all the powers necessary for the performance of their duties; they may, in particular, make any order they consider appropriate to safeguard the rights of the parties.

. . .

82. The president, the vice-president responsible for the division or any member designated by either shall determine which members are to take part in each sitting.

The president may, where he considers it expedient in view of the complexity of a case or importance of a matter, form a panel comprising a greater number of members than that provided for in Chapter II, but not exceeding five.

. . .

contestée et, s'il y a lieu, rendre la décision qui, à son avis, aurait dû être prise en premier lieu.

24. En matière de services de santé et de services sociaux, d'éducation et de sécurité routière, la section des affaires sociales est chargée de statuer sur les recours visés à l'article 3 de l'annexe I, portant notamment, en matière de services de santé et de services sociaux, sur des décisions relatives à l'accès aux documents ou renseignements concernant un bénéficiaire, à l'admissibilité d'une personne à un programme d'assurance maladie, à l'identification d'une personne handicapée, à l'évacuation et au relogement de certaines personnes, aux permis d'établissements de santé et de services sociaux, de banques d'organes, de laboratoires ou d'autres services et aux certificats de centres de travail adapté, ou concernant un professionnel de la santé ou les membres du conseil d'administration d'un établissement.

25. . . .

Les recours visés aux paragraphes 2.1° et 5.1° de l'article 3 de l'annexe I sont instruits et décidés par une formation de deux membres dont l'un est avocat ou notaire et l'autre une personne ayant une bonne connaissance du milieu de l'éducation.

. . .

38. Le Tribunal est composé de membres impartiaux et indépendants, nommés par le gouvernement qui en détermine le nombre.

74. Le Tribunal et ses membres sont investis des pouvoirs et de l'immunité des commissaires nommés en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37), sauf du pouvoir d'ordonner l'emprisonnement.

Ils ont en outre tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs fonctions; ils peuvent notamment rendre toutes ordonnances qu'ils estiment propres à sauvegarder les droits des parties.

. . .

82. Le président, le vice-président responsable de la section ou tout membre désigné par l'un d'eux détermine quels membres sont appelés à siéger à l'une ou l'autre des séances.

Le président peut, lorsqu'il l'estime utile en raison de la complexité ou de l'importance d'une affaire, prévoir une formation composée d'un nombre de membres supérieur à celui prévu au chapitre II sans excéder cinq membres.

. . .

107. A proceeding before the Tribunal does not suspend the execution of the contested decision, unless a provision of law provides otherwise or, upon a motion heard and judged by preference, a member of the Tribunal orders otherwise by reason of urgency or of the risk of serious and irreparable harm.

If the law provides that the proceeding suspends the execution of the decision, or if the Tribunal issues such an order, the proceeding shall be heard and judged by preference.

SCHEDULE I

3. In matters of health services and social services, education and road safety, the social affairs division hears and determines

. . .

(2.1) proceedings under section 83.4 of the Charter of the French language (chapter C-11);

Rules of procedure of the Administrative Tribunal of Québec, (1999) 131 G.O. II, 4122

17. Any party to a recourse may, with the authorization of the Tribunal and on the conditions it determines, implead a third party whose presence is necessary to resolve the dispute completely.

The Tribunal may, *ex officio*, order the impleading of any person whose interests could be affected by its decision.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25

31. The Superior Court is the court of original general jurisdiction; it hears in first instance every suit not assigned exclusively to another court by a specific provision of law.

751. An injunction is an order of the Superior Court or of a judge thereof, enjoining a person, his senior officers, agents or employees, not to do or to cease doing, or, in cases which admit of it, to perform a particular act or operation, under pain of all legal penalties.

IV. Issues

Three related issues are raised in this appeal. The first concerns the scope of the ATQ's jurisdiction and whether the ATQ may deal with constitutional

107. Un recours formé devant le Tribunal ne suspend pas l'exécution de la décision contestée, à moins qu'une disposition de la loi ne prévoie le contraire ou que, sur requête instruite et jugée d'urgence, un membre du Tribunal n'en ordonne autrement en raison de l'urgence ou du risque d'un préjudice sérieux et irréparable.

Si la loi prévoit que le recours suspend l'exécution de la décision ou si le Tribunal rend une telle ordonnance, le recours est instruit et jugé d'urgence.

ANNEXE I

3. En matière de services de santé et de services sociaux, d'éducation et de sécurité routière, la section des affaires sociales connaît des recours suivants :

. . .

2.1° les recours formés en vertu de l'article 83.4 de la Charte de la langue française (chapitre C-11);

Règles de procédure du Tribunal administratif du Québec, (1999) 131 G.O. II, 5616

17. Toute partie à un recours peut, sur autorisation du Tribunal et aux conditions qu'il fixe, y appeler un tiers dont la présence est nécessaire pour permettre une solution complète du litige.

Le Tribunal peut, d'office, ordonner la mise en cause de toute personne dont les intérêts peuvent être affectés par sa décision.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25

31. La Cour supérieure est le tribunal de droit commun; elle connaît en première instance de toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal.

751. L'injonction est une ordonnance de la Cour supérieure ou de l'un de ses juges, enjoignant à une personne, à ses dirigeants, représentants ou employés, de ne pas faire ou de cesser de faire, ou, dans les cas qui le permettent, d'accomplir un acte ou une opération déterminés, sous les peines que de droit.

IV. Questions en litige

Le présent pourvoi soulève trois questions connexes. La première concerne l'étendue de la compétence du TAQ et sa capacité de statuer sur des

15

questions incidental to its determination of entitlement to minority language education. The second issue relates to the ATQ's remedial powers and whether its decisions concerning entitlement are binding on school boards. The third issue concerns the scope of the residual jurisdiction of superior courts in respect of injunctive relief and direct constitutional challenges.

V. Analysis

16 These three related issues will be dealt with as follows. First, we will review the decision-making process in respect of claims for minority language education, including the administrative appeal process. We will also review the nature and organization of the ATQ, and this review will be followed by an outline of the jurisdiction of the ATQ in respect of language matters. This review will show that the legislature has granted the ATQ the power to consider and decide legal issues, including constitutional questions, and that the ATQ cannot therefore be bypassed in favour of the Superior Court. Second, we will consider the extent to which the ATQ has the necessary remedial authority to deal with incidental constitutional questions, and will discuss whether its decisions are binding on school boards. We will end our analysis by briefly discussing the residual authority of superior courts to issue injunctive relief in urgent situations and to rule on direct constitutional challenges to a legislative scheme.

A. *The Decision-Making Process for Minority Language Education Claims*

17 Section 72 of the *Charter of the French language* requires that instruction in kindergarten classes and in elementary and secondary schools, in public and subsidized private institutions, be in French. Exceptions to this rule exist, most notably for our purposes in s. 73 of the same statute. The parents of a child who seek to avail themselves of these exceptions must apply to persons designated by the Minister of Education under s. 75 of

questions constitutionnelles incidentes à ses décisions relatives au droit à l'enseignement dans la langue de la minorité. La deuxième question a trait aux pouvoirs de réparation du TAQ et à l'opposabilité aux conseils scolaires de ses décisions en matière d'admissibilité. La troisième porte sur l'étendue de la compétence résiduelle des cours supérieures en matière d'injonction et de contestations constitutionnelles directes.

V. Analyse

Nous aborderons successivement ces trois questions connexes. En premier lieu, nous examinerons le processus décisionnel applicable aux demandes d'enseignement dans la langue de la minorité, y compris le processus d'appel administratif. Nous analyserons alors la nature et l'organisation du TAQ, et cette analyse sera suivie d'un aperçu de la compétence du TAQ en matière linguistique. Cette analyse démontrera que le législateur a conféré au TAQ le pouvoir d'examiner et de trancher des questions de droit, notamment des questions constitutionnelles, et que l'on ne peut donc pas court-circuiter le TAQ pour s'adresser directement à la Cour supérieure. En second lieu, nous examinerons dans quelle mesure le TAQ possède le pouvoir de réparation nécessaire au règlement des questions constitutionnelles incidentes et si ses décisions sont opposables aux conseils scolaires. Notre étude se terminera par un bref examen du pouvoir résiduel des cours supérieures d'accorder des injonctions dans des situations urgentes et de statuer sur des contestations directes de la constitutionnalité d'un régime législatif.

A. *Le processus décisionnel applicable aux demandes d'enseignement dans la langue de la minorité*

L'article 72 de la *Charte de la langue française* exige que l'enseignement se donne en français dans les classes maternelles, les écoles primaires et secondaires, les établissements publics et les établissements privés subventionnés. Cette règle prévoit des exceptions, notamment pour les fins qui nous occupent, à l'art. 73 de la Loi. Lorsqu'ils veulent se prévaloir de ces exceptions, les parents doivent s'adresser aux personnes

the *Charter of the French language*. These designated persons decide on eligibility for instruction in English.

The initial decision of the designated person is subject to review. At the time relevant to these cases, the initial appeal from a decision of a designated person was to a review committee under ss. 82 and 83 of the *Charter of the French language*, and then to the ATQ under s. 83.4. However, ss. 82 and 83 were repealed effective October 1, 2002, meaning that now any decision concerning a child's eligibility for instruction in English made by a designated person pursuant to ss. 73, 76, 81, 85 or 86.1 may, within 60 days of notification of the decision, be appealed directly to the ATQ (see s. 83.4 of the *Charter of the French language*).

The administrative process thus requires that before turning to the Superior Court to gain access to minority language education in Quebec, a claimant must first apply to a designated person for a certificate of eligibility and, if necessary, appeal that decision to the ATQ. Following a determination by the ATQ, it is possible for the claimant to seek relief from the Superior Court.

B. *The Nature and Organization of the ATQ*

The ATQ was instituted by the *Act respecting administrative justice* which states that the function of the ATQ is, where provided by law, to make determinations in respect of proceedings brought against an administrative or decentralized authority.

The Tribunal consists of four divisions: (1) the social affairs division, (2) the immovable property division, (3) the territory and environment division, and (4) the economic affairs division. As will be shown below, the ATQ's jurisdiction in respect of minority language education is the responsibility of the social affairs division.

désignées par le ministre de l'Éducation aux termes de l'art. 75 de la *Charte de la langue française*. Les personnes ainsi désignées décident de l'admissibilité d'un enfant à recevoir un enseignement en anglais.

18 La décision initiale de la personne désignée est susceptible de révision. Au moment pertinent à ces affaires, l'appel d'une décision rendue par une personne désignée devait être interjeté d'abord devant un comité de révision en application des art. 82 et 83 de la *Charte de la langue française*, puis devant le TAQ aux termes de l'art. 83.4. Cependant, depuis l'abrogation des art. 82 et 83 le 1er octobre 2002, on peut interjeter appel devant le TAQ des décisions relatives à l'admissibilité d'un enfant à recevoir un enseignement en anglais rendues par une personne désignée en application des art. 73, 76, 81, 85 ou 86.1, dans les 60 jours de sa notification (voir l'art. 83.4 de la *Charte de la langue française*).

19 L'existence de ce processus administratif oblige donc le réclamant à demander à une personne désignée un certificat d'admissibilité et, au besoin, à interjeter appel de cette décision au TAQ, avant de s'adresser à la Cour supérieure pour obtenir l'accès à l'enseignement dans la langue de la minorité au Québec. Après que le TAQ a rendu sa décision, la partie intéressée peut s'adresser à la Cour supérieure pour demander une réparation appropriée.

B. *La nature et l'organisation du TAQ*

20 Le TAQ a été créé par la *Loi sur la justice administrative*. Cette loi lui attribue pour fonction, dans les cas prévus par la législation, de statuer sur les recours formés contre un organisme administratif ou une autorité décentralisée.

21 Le Tribunal comporte quatre sections : (1) la section des affaires sociales, (2) la section des affaires immobilières, (3) la section du territoire et de l'environnement et (4) la section des affaires économiques. Comme on le verra plus bas, la section des affaires sociales exerce la compétence du TAQ en matière d'enseignement dans la langue de la minorité.

22 Proceedings are heard by a panel whose members are selected based on the nature of the appeal. Proceedings in respect of minority language education claims are heard by a two-member panel, one of whose members is to be an advocate or notary and the other a person well acquainted with the field of education (s. 25). The Act also allows for the formation of a panel of up to five members where a case is particularly complex or important (s. 82). Section 38 requires that the ATQ be composed of members who are independent and impartial. The ATQ also has its own rules of evidence and procedure (Chapter VI).

23 All told, the ATQ is a highly sophisticated tribunal, similar in many ways to Canadian courts of law. The following comment by Dussault J.A. of the Quebec Court of Appeal in *Québec (Procureure générale) v. Barreau de Montréal*, at p. 2090, speaks to this high degree of sophistication:

> [TRANSLATION] ... the ATQ fulfils an exclusively jurisdictional function that, despite the stated objectives of promptness and accessibility, requires the implementation of procedures similar to the procedures of courts of law. Next, the ATQ has powers ordinarily conferred on courts of law, such as the powers to decide constitutional questions and to assess the grounds for an application for administrative secrecy. Finally, and most importantly, the ATQ is required to decide a very large number of cases involving the financial or political interests of the state as a party to the case. Taken as a whole, these factors seem to me to justify placing the ATQ on the spectrum of administrative tribunals, at a higher level as regards the requirement of judicial independence of its members.

C. *Jurisdiction of the ATQ in Respect of Minority Language Education*

24 We turn now to the jurisdiction of the ATQ in respect of minority language education claims. Jurisdiction over claims of this type is essentially derived from the interplay between s. 14 of the *Act respecting administrative justice* and s. 83.4 of the *Charter of the French language*.

Les recours sont instruits par une formation dont la composition varie en fonction de la nature de l'appel. Des formations de deux membres, dont l'un est avocat ou notaire et l'autre, une personne ayant une bonne connaissance du milieu de l'éducation, entendent les recours relatifs à l'enseignement dans la langue de la minorité (art. 25). La Loi permet aussi qu'une formation soit composée d'au plus cinq membres dans le cas des affaires particulièrement complexes ou importantes (art. 82). L'article 38 exige que les membres du TAQ soient indépendants et impartiaux. Le TAQ possède aussi ses propres règles de preuve et de procédure (chapitre VI).

Tout compte fait, le TAQ constitue un tribunal fort complexe, semblable à plusieurs égards aux cours de justice du Canada. Les commentaires suivants formulés par le juge Dussault de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Québec (Procureure générale) c. Barreau de Montréal*, p. 2090, soulignent ce niveau élevé de complexité :

> ... le TAQ exerce une fonction exclusivement juridictionnelle qui exige, malgré les objectifs énoncés de célérité et d'accessibilité, la mise en place de procédures s'apparentant à celles des cours de justice; ensuite le TAQ dispose de compétences habituellement confiées aux cours de justice, telles celles de trancher des questions constitutionnelles et d'évaluer les motifs d'une demande de secret administratif; enfin, et surtout, le TAQ est appelé à trancher un très grand nombre de recours qui mettent en jeu les intérêts financiers ou politiques de l'État en tant que partie au litige. Pris dans leur ensemble, ces éléments me paraissent justifier qu'on situe le TAQ, sur le spectre des tribunaux administratifs, à un niveau supérieur d'exigence en ce qui concerne l'indépendance judiciaire de ses membres.

C. *Compétence du TAQ en matière d'instruction dans la langue de la minorité*

Nous examinons maintenant la compétence du TAQ au regard des demandes d'enseignement dans la langue de la minorité. Sa compétence à l'égard des demandes de ce genre découle essentiellement de l'interaction entre l'art. 14 de la *Loi sur la justice administrative* et l'art. 83.4 de la *Charte de la langue française*.

Section 14 of the *Act respecting administrative justice* sets out the scope and the exclusive nature of the jurisdiction of the ATQ:

14. The Administrative Tribunal of Québec is hereby instituted.

The function of the Tribunal, in the cases provided for by law, is to make determinations in respect of proceedings brought against an administrative authority or a decentralized authority.

Except where otherwise provided by law, the Tribunal shall exercise its jurisdiction to the exclusion of any other tribunal or adjudicative body.

According to s. 14, the ATQ has exclusive jurisdiction to make determinations in respect of proceedings brought against an administrative authority. The term "administrative authority" includes the designated person in matters relating to entitlement to minority language education. When s. 14 of the *Act respecting administrative justice* is read in conjunction with s. 83.4 of the *Charter of the French language*, it is clear that the Quebec legislature intended to confer on the ATQ exclusive jurisdiction over all disputes relating to s. 73 of the *Charter of the French language*. Section 83.4 reads as follows:

83.4. Any decision concerning a child's eligibility for instruction in English made pursuant to section 73 . . . by a designated person may, within 60 days of notification of the decision, be contested before the Administrative Tribunal of Québec.

The respondents correctly note that s. 14 of the *Act respecting administrative justice* and s. 83.4 of the *Charter of the French language* effectively round out, or complete, the jurisdiction the ATQ possesses under s. 24 of the *Act respecting administrative justice* in combination with s. 3, para. 2.1 of Schedule I to that Act. Section 24 states that in matters relating to education, *inter alia*, the social affairs division of the ATQ is charged with making determinations in respect of the proceedings referred to in s. 3 of Schedule I. Section 3, para. 2.1 of Schedule I states that in matters relating to education, the social affairs division hears and determines "proceedings under section 83.4 of the Charter of the French language".

L'article 14 de la *Loi sur la justice administrative* établit la portée et la nature exclusive de la compétence du TAQ : 25

14. Est institué le « Tribunal administratif du Québec ».

Il a pour fonction, dans les cas prévus par la loi, de statuer sur les recours formés contre une autorité administrative ou une autorité décentralisée.

Sauf disposition contraire de la loi, il exerce sa compétence à l'exclusion de tout autre tribunal ou organisme juridictionnel.

Selon l'art. 14, le TAQ détient le pouvoir exclusif de statuer sur les recours formés contre une autorité administrative. L'expression « autorité administrative » englobe la personne désignée en matière de droit à l'enseignement dans la langue de la minorité. Conjugué à l'art. 83.4 de la *Charte de la langue française*, l'art. 14 de la *Loi sur la justice administrative* fait clairement ressortir la volonté du législateur québécois d'attribuer au TAQ une compétence exclusive à l'égard de tous les litiges liés à l'art. 73 de la *Charte de la langue française*. L'article 83.4 prévoit ce qui suit :

83.4. Toute décision sur l'admissibilité d'un enfant à l'enseignement en anglais, rendue par une personne désignée en application des articles 73 [. . .] peut, dans un délai de 60 jours de sa notification, être contestée devant le Tribunal administratif du Québec.

Les intimés font remarquer à bon droit que les art. 14 de la *Loi sur la justice administrative* et 83.4 de la *Charte de la langue française* circonscrivent, ou complètent, les pouvoirs délégués au TAQ en vertu de l'art. 24 de la *Loi sur la justice administrative*, en combinaison avec le par. 2.1° de l'art. 3 de l'annexe I de cette même Loi. En effet, cet article 24 prévoit qu'en matière d'éducation, notamment, la section des affaires sociales du TAQ est chargée de statuer sur les recours visés à l'article 3 de l'annexe I. Par ailleurs, selon le paragraphe 2.1° de l'art. 3 de l'annexe I, la section des affaires sociales connaît, en matière d'éducation, des « recours formés en vertu de l'article 83.4 de la Charte de la langue française ». 26

27 The *Act respecting administrative justice* also speaks directly to the powers the ATQ is meant to possess, in these cases, when adjudicating on minority language education claims. Most importantly, for our purposes, the ATQ has the power, under s. 15, to decide any question of law or fact necessary for the exercise of its jurisdiction. It "may confirm, vary or quash the contested decision and, if appropriate, make the decision which, in its opinion, should have been made initially" (s. 15). It is also significant that under s. 74, the ATQ and its members "are . . . vested with all the powers necessary for the performance of their duties", including the power to "make any order they consider appropriate to safeguard the rights of the parties". The Quebec legislature has granted a broad range of remedial powers to the ATQ. Moreover, based on the explicit wording of s. 14, the Quebec legislature intended the Tribunal's jurisdiction to be exclusive ("the Tribunal shall exercise its jurisdiction to the exclusion of any other tribunal or adjudicative body").

D. *The Power to Consider and Decide Constitutional Questions — The Principles Laid Down in Martin and in Paul*

28 As will become clear, the fact that the ATQ is vested with the ability to decide questions of law is crucial, and is determinative of its jurisdiction to apply the *Canadian Charter* in this appeal. The quasi-judicial structure of the ATQ, discussed briefly above, may be indicative of a legislative intention that constitutional questions be considered and decided by the ATQ, but the structure of the ATQ is not determinative. This is evidenced by the recent decisions of this Court in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, and *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55. These cases provide a more direct route to the result reached in the instant cases by the Court of Appeal and two of the three trial judges.

De même, les dispositions de la *Loi sur la justice administrative* délimitent aussi directement la nature et l'étendue des pouvoirs attribués au TAQ dans ces affaires, lorsqu'il statue sur des demandes relatives à l'enseignement dans la langue de la minorité. Il est particulièrement important de rappeler, pour les besoins du présent pourvoi, que l'art. 15 accorde au TAQ le pouvoir de décider toute question de droit ou de fait nécessaire à l'exercice de sa compétence. Il « peut confirmer, modifier ou infirmer la décision contestée et, s'il y a lieu, rendre la décision qui, à son avis, aurait dû être prise en premier lieu » (art. 15). Il est aussi utile de noter qu'aux termes de l'art. 74, le TAQ et ses membres « ont [. . .] tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs fonctions », dont celui de « rendre toutes ordonnances qu'ils estiment propres à sauvegarder les droits des parties ». Le législateur québécois a ainsi accordé au TAQ un vaste éventail de pouvoirs de réparation. En outre, les termes explicites de l'art. 14 confirment la volonté législative d'attribuer un caractère exclusif à la compétence du TAQ (« il exerce sa compétence à l'exclusion de tout autre tribunal ou organisme juridictionnel »).

D. *Le pouvoir d'examiner et de trancher des questions constitutionnelles — Les principes établis dans les arrêts Martin et Paul*

Comme on le constatera facilement, l'attribution au TAQ du pouvoir de trancher des questions de droit est cruciale pour définir sa compétence à l'égard de l'application de la *Charte canadienne* en l'espèce. Bien qu'elle ne joue pas un rôle déterminant pour apprécier l'étendue de la compétence de cet organisme, la structure quasi judiciaire du TAQ, déjà abordée brièvement, peut témoigner de la volonté du législateur de conférer au TAQ le pouvoir d'examiner et de trancher les questions constitutionnelles. Cette conclusion se dégage de l'examen des arrêts récents de notre Cour *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, et dans *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55. Ces deux jugements permettent de justifier plus directement les conclusions de la Cour d'appel et de deux des trois juges de première instance dans les affaires que nous examinons.

In *Martin*, the question was whether the Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal ("Appeals Tribunal"), an administrative tribunal set up to hear appeals from decisions of the Workers' Compensation Board of Nova Scotia, had jurisdiction to decline to apply certain legislative provisions to the appellants on the ground that the provisions violated the *Canadian Charter*. This Court held that the Appeals Tribunal did have jurisdiction to consider the constitutionality of the impugned provisions. In so holding, Gonthier J. "reappraised and restated" (at para. 3) the rules concerning the jurisdiction of administrative tribunals to apply the *Canadian Charter* that had previously been established by this Court in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn., Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22.

Gonthier J. stated, at para. 3, that where an administrative tribunal has either explicit or implied jurisdiction to decide questions of law arising under a legislative provision, it is presumed that the tribunal also has concomitant jurisdiction to decide on the constitutional validity of that provision. The only way to rebut this presumption is to show that the legislature clearly intended to exclude *Charter* issues from the tribunal's authority over questions of law. Gonthier J. discussed at length the policy reasons for allowing administrative tribunals to deal with constitutional matters (see paras. 27-32 of *Martin*). We will not reiterate them here.

In *Martin*, the Court created a general standard for determining whether a particular administrative tribunal can decline to apply a provision of its enabling statute on the ground that the provision violates the *Canadian Charter*. First of all, it must be determined whether the administrative tribunal has jurisdiction, express or implied, to decide

29 Dans l'arrêt *Martin*, il s'agissait d'étudier si le Workers' Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse (« tribunal d'appel »), un tribunal administratif constitué pour entendre les appels formés à l'encontre des décisions de la Workers' Compensation Board de la Nouvelle-Écosse, avait compétence pour refuser d'appliquer aux appelants certaines dispositions législatives au motif que ces dispositions violaient la *Charte canadienne*. Notre Cour a alors conclu que le tribunal d'appel détenait le pouvoir d'examiner la constitutionnalité des dispositions contestées. Ce faisant, le juge Gonthier a « réévalu[é] et [. . .] reformul[é] » (au par. 3) les règles concernant la compétence des tribunaux administratifs en matière d'application de la *Charte canadienne* que notre Cour avait établies auparavant dans les arrêts *Douglas/Kwantlen Faculty Assn., Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.

30 Selon le juge Gonthier, au par. 3 de ses motifs, lorsqu'un tribunal administratif possède une compétence expresse ou implicite pour trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative, on doit présumer également qu'il détient le pouvoir concomitant de statuer sur la constitutionnalité de cette disposition. Seule la preuve que le législateur avait manifestement l'intention de soustraire les questions relatives à la *Charte* à la compétence que le tribunal administratif possède à l'égard des questions de droit permet d'écarter cette présomption. Le juge Gonthier a aussi examiné en détail les considérations de politique générale en raison desquelles les tribunaux administratifs sont autorisés à trancher des questions constitutionnelles (voir les par. 27-32 de *Martin*). Nous ne reprendrons pas ici cette étude.

31 Dans l'arrêt *Martin*, notre Cour a établi une norme générale pour déterminer dans quels cas un tribunal administratif donné peut refuser d'appliquer une disposition de sa loi habilitante au motif que cette disposition viole la *Charte canadienne*. En premier lieu, il faut déterminer si le tribunal administratif a expressément ou implicitement compétence

questions of law arising under an impugned provision (para. 35). Furthermore, as this Court noted in *Martin*, at para. 35, "[t]he question is not whether Parliament or the legislature intended the tribunal to apply the *Charter*." The only question is whether the tribunal can decide any question of law (para. 36).

32 In the cases at bar, the ATQ has explicit jurisdiction, under s. 15 of the *Act respecting administrative justice*, to decide questions of law. This is a clear, unequivocal and express grant of jurisdiction to decide questions of law. If, as here, there is explicit jurisdiction to determine questions of law, a court need not go on to consider whether such jurisdiction is to be implied from the legislative scheme as a whole (*Martin*, at para. 51). As a result, the presumption from this point on is that the ATQ can consider and decide constitutional questions.

33 Once a presumption has been raised that the tribunal can decide questions of law, the burden falls on the party who alleges that the administrative body lacks jurisdiction to apply the *Canadian Charter* to rebut the presumption (*Martin*, at para. 42). Gonthier J. laid out certain ways in which this presumption can be rebutted. He suggested that nothing less than an explicit withdrawal of authority to decide constitutional questions, or a clear implication of such intent, would suffice (at para. 42):

> In general terms, the presumption may only be rebutted by an explicit withdrawal of authority to decide constitutional questions or by a clear implication to the same effect, arising from the statute itself rather than from external considerations. The question to be asked is whether an examination of the statutory provisions clearly leads to the conclusion that the legislature intended to exclude the *Charter*, or more broadly, a category of questions of law encompassing the *Charter*, from the scope of the questions of law to be addressed by the tribunal. For instance, an express conferral of jurisdiction to another administrative body to consider *Charter* issues or certain complex questions of law deemed too difficult or time-consuming for the initial decision maker, along with a procedure allowing such issues to be efficiently redirected to such body, could give rise to a clear implication

pour trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée (par. 35). En outre, ainsi que notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Martin*, « [i]l ne s'agit pas de savoir si le Parlement ou la législature a voulu que le tribunal administratif applique la *Charte* » (par. 35). Il s'agit seulement de savoir si le tribunal peut trancher toute question de droit (par. 36).

Dans les pourvois que nous étudions, l'art. 15 de la *Loi sur la justice administrative* habilite explicitement le TAQ à trancher des questions de droit. Cette délégation du pouvoir de trancher des questions de droit est claire, non équivoque et expresse. Si, comme en l'espèce, le pouvoir de trancher des questions de droit est explicite, la cour n'a pas à poursuivre son examen pour savoir s'il y a lieu d'inférer ce pouvoir de l'ensemble du régime législatif (*Martin*, par. 51). Par conséquent, il faut dès lors présumer que le TAQ peut examiner et trancher des questions constitutionnelles.

Dès qu'opère la présomption que le tribunal administratif peut trancher des questions de droit, la partie qui soulève l'incompétence de l'organisme administratif pour appliquer la *Charte canadienne* doit renverser cette présomption (*Martin*, par. 42). Le juge Gonthier expose certaines méthodes pour y réussir. Ses commentaires suggèrent que seul le retrait explicite du pouvoir de trancher des questions de droit constitutionnel, ou une intention législative clairement manifestée en ce sens, permettrait ce renversement de la présomption (par. 42) :

> En général, la présomption ne peut être réfutée que par le retrait explicite du pouvoir de trancher des questions de droit constitutionnel ou par ce qui ressort clairement, en ce sens, de la loi elle-même plutôt que de considérations externes. Il faut se demander si l'examen des dispositions législatives amène clairement à conclure que le législateur a voulu exclure la *Charte* ou, de manière plus générale, une catégorie de questions de droit mettant en cause la *Charte* des questions de droit pouvant être abordées par le tribunal administratif en cause. Par exemple, l'attribution expresse à un autre organisme administratif du pouvoir d'examiner les questions relatives à la *Charte* ou certaines questions de droit complexes que le décideur initial aurait, considérerait-on, trop de mal à trancher ou auxquelles il devrait consacrer trop de temps, de concert avec l'existence d'une procédure efficace de renvoi de ces

that the initial decision maker was not intended to decide constitutional questions.

No such express conferral of jurisdiction on another administrative body, or on a court for that matter, can be found in the relevant legislation in this appeal. In fact, the explicit wording of s. 14 of the *Act respecting administrative justice*, the ATQ's constituting statute, confers exclusive jurisdiction on the ATQ to decide on minority language education claims brought before it on appeal. This was made clear above and need not be addressed again. Nor does the legislative scheme give rise to an implication to the effect that more complex issues, such as *Charter* issues, should be decided by a different adjudicative body, such as the Superior Court. The implication is to the contrary. Section 82 authorizes the ATQ to create panels of up to five members in order to deal with more complex issues. This implies that even complex questions of law were meant to be dealt with by the ATQ. Even more revealing in this respect, the overall structure of the ATQ, that of a highly sophisticated, quasi-judicial body, indicates that the legislature intended to have the ATQ deal with all legal issues, big and small. Finally, s. 112 explicitly provides for the proper procedure to follow when raising a constitutional ground before the ATQ. Based on the revised approach from *Martin*, the only conclusion that can be drawn is that the ATQ has the capacity to consider and decide constitutional questions, including the conformity of s. 73 of the *Charter of the French language* with s. 23 of the *Canadian Charter*.

The appellants put forth a further argument. They argue that, owing to the special nature of the rights conferred by s. 23 of the *Canadian Charter*, an ordinary provincial statute like the *Charter of the French language* cannot confer jurisdiction over the determination of the status of s. 23 rights-holders on an administrative tribunal to the exclusion of the Superior Court. Again, the recent case law of this Court, this time in *Paul*, puts to rest this portion of the appellants' submissions.

questions à un tel organisme, pourrait impliquer clairement qu'on n'a pas voulu que le décideur initial tranche des questions de droit constitutionnel.

34 On ne retrace aucune attribution expresse de pouvoir à un autre organisme administratif ou à une cour de justice dans les dispositions législatives applicables en l'espèce. En fait, le libellé explicite de l'art. 14 de la *Loi sur la justice administrative*, la loi habilitante du TAQ, lui confère la compétence exclusive de trancher les demandes relatives à l'enseignement dans la langue de la minorité qu'on porte en appel devant lui. Nous l'avons déjà indiqué clairement et il n'est pas nécessaire d'y revenir. Le régime législatif ne permet pas non plus d'inférer que des tribunaux différents, comme la Cour supérieure, devraient trancher les problèmes plus complexes comme des questions relatives à la *Charte*. L'inférence joue en sens contraire. En effet, l'art. 82 autorise le TAQ à établir une formation d'au plus cinq membres pour trancher les questions plus complexes. Cela suppose que le TAQ doit statuer même sur les questions de droit complexes. Qui plus est, la structure générale du TAQ, qui est celle d'un organisme quasi judiciaire fort complexe, témoigne de la volonté du législateur de voir le TAQ trancher toutes les questions de droit, sans égard à leur importance. Enfin, l'art. 112 prévoit expressément la façon de procéder si une question constitutionnelle est soulevée devant le TAQ. Compte tenu de la nouvelle méthode adoptée dans l'arrêt *Martin*, la seule conclusion admissible est la reconnaissance de la capacité du TAQ d'examiner et de trancher des questions constitutionnelles, notamment celle de la compatibilité de l'art. 73 de la *Charte de la langue française* avec l'art. 23 de la *Charte canadienne*.

35 Les appelants avancent un autre argument. Ils soutiennent qu'en raison de la nature particulière des droits que confère l'art. 23 de la *Charte canadienne*, une loi provinciale ordinaire comme la *Charte de la langue française* ne saurait conférer à un tribunal administratif, à l'exclusion de la Cour supérieure, le pouvoir de déterminer le statut des titulaires de droits visés à l'art. 23. Là encore, la jurisprudence récente de notre Cour, cette fois dans l'arrêt *Paul*, ne permet pas de retenir, à cet égard, l'argumentation des appelants.

36 In *Paul*, the B.C. Ministry of Forests seized four logs in the possession of Mr. Paul, a registered Indian. Paul intended to use the wood to build a deck for his home, and he asserted that he had an aboriginal right to cut timber for house modification. He thus argued that s. 96 of the *Forest Practices Code*, a general prohibition against cutting Crown timber, did not apply to him. The Forest Appeals Commission decided that it had jurisdiction to hear and determine aboriginal rights issues. The British Columbia Supreme Court agreed, but its decision was reversed by a majority of the Court of Appeal. In this Court, Bastarache J. applied the same reasoning as in *Martin* and ruled that since the Forest Appeals Commission was empowered to hear questions of law, it could hear and decide constitutional questions (paras. 39 and 41). He further reasoned that questions relating to s. 35 of the *Constitution Act, 1982* are not distinct from other constitutional matters in this respect. Quoting McLachlin J. (as she then was) in *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, Bastarache J. stated the following, at para. 36: "Section 35 is not, any more than the *Charter*, 'some holy grail which only judicial initiates of the superior courts may touch'."

Dans l'arrêt *Paul*, le ministère des Forêts de la Colombie-Britannique avait saisi quatre troncs d'arbre que M. Paul, un indien inscrit, avait en sa possession. M. Paul comptait utiliser le bois pour construire une terrasse chez lui et avait fait valoir qu'il avait le droit ancestral de couper des arbres pour apporter des améliorations à sa maison. Ainsi, il avait plaidé que l'art. 96 du *Forest Practices Code*, qui établit une interdiction générale de coupe d'arbres situés sur les terres de la Couronne, ne s'appliquait pas à lui. La Forest Appeals Commission avait décidé qu'elle avait compétence pour entendre et trancher les questions relatives aux droits ancestraux. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a souscrit à cette conclusion. Toutefois, la Cour d'appel à la majorité a infirmé celle-ci. Le juge Bastarache de notre Cour a appliqué le même raisonnement que dans l'arrêt *Martin*, à savoir que, puisque la Forest Appeals Commission était habilitée à entendre des questions de droit, elle pouvait entendre et trancher des questions constitutionnelles (par. 39 et 41). Il a poursuivi son raisonnement en affirmant que les questions concernant l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne diffèrent pas des autres questions constitutionnelles à cet égard. Citant la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, le juge Bastarache a ajouté les commentaires suivants, au par. 36 : « [l]'article 35 n'est pas plus que la *Charte* "un texte sacré que seuls les initiés des cours supérieures peuvent aborder". »

37 The same legal reasoning can be applied to the cases at bar. Section 23 is not within the exclusive province of the courts. The ATQ is empowered to decide questions of law. It is therefore empowered to consider and decide constitutional questions. This includes the power to consider s. 23, and to decide whether s. 73 of the *Charter of the French language* restricts the scope of s. 23 rights. The Forest Appeals Commission could rule on s. 35 matters in *Paul*. Here, the ATQ may rule on s. 23 matters that come before it.

Le même raisonnement juridique peut s'appliquer aux affaires en l'espèce. L'article 23 ne relève pas de la compétence exclusive des tribunaux judiciaires. Le TAQ est habilité à statuer sur des questions de droit. Il a donc le pouvoir d'examiner et de trancher des questions constitutionnelles, qui comprend celui-ci d'interpréter l'art. 23 et de décider si l'art. 73 de la *Charte de la langue française* limite l'étendue des droits garantis par cette disposition. Dans l'arrêt *Paul*, la Forest Appeals Commission pouvait statuer sur les questions concernant l'art. 35. En l'espèce, le TAQ peut trancher les questions touchant l'art. 23 qui lui sont soumises.

E. *The Appellants Could Not Bypass the ATQ in Favour of the Superior Court*

We are therefore of the view that the appellants did not have the right to bypass the ATQ by seeking injunctive and declaratory relief in the Superior Court. The ATQ clearly has jurisdiction to hear appeals from decisions of the designated person and, in the instant cases, from the review committee in respect of entitlement to minority language education. Moreover, the Quebec legislature intended this jurisdiction to be exclusive. Aside from certain specific exceptions to be discussed below, this Court, and all courts, should respect the clear intent of the legislature.

The exclusive jurisdiction of the ATQ in this respect is further confirmed by art. 31 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, which states that the Superior Court is the court of original jurisdiction, except in matters in which original jurisdiction is assigned exclusively to another court by a specific provision of law. That is in fact the situation in the cases at bar, as the Quebec legislature has specifically assigned the jurisdiction in issue to the ATQ. Article 31 reads as follows:

31. The Superior Court is the court of original general jurisdiction; it hears in first instance every suit not assigned exclusively to another court by a specific provision of law.

The ATQ has been granted exclusive jurisdiction to hear appeals in respect of entitlement to minority language education. The administrative appeal process should be respected.

F. *Remedial Authority of the ATQ, and the Binding Effect of Its Decisions on School Boards*

The appellants argue that even if the ATQ has jurisdiction over the subject matter at hand, namely the rights of claimants under s. 23, it still does not have the ability to provide the remedies being sought by the appellants, nor does it have jurisdiction over the English school boards in question. The ATQ lacks the power, say the appellants, to grant the remedies being sought. First, it cannot issue a

E. *Les appelants ne pouvaient contourner le TAQ pour s'adresser directement à la Cour supérieure*

38 Nous sommes donc d'avis que les appelants n'avaient pas le droit de court-circuiter le TAQ, en demandant à la Cour supérieure une injonction et un jugement déclaratoire. Le TAQ possède manifestement le pouvoir d'entendre les appels des décisions rendues par la personne désignée et, dans les affaires étudiées, par le comité de révision en matière de droit à l'enseignement dans la langue de la minorité. De plus, le législateur québécois a donné à ce pouvoir un caractère exclusif. Hormis certaines exceptions précises que nous examinerons plus loin, notre Cour, et tous les tribunaux judiciaires, devraient respecter l'intention manifeste du législateur.

39 En outre, l'exclusivité de la compétence du TAQ — dans ce domaine — est confirmée par l'art. 31 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. En effet, cet article prévoit que la Cour supérieure demeure le tribunal de droit commun, sauf dans les cas où une disposition formelle de la loi a attribué exclusivement cette compétence à un autre tribunal. Cette situation se présente en l'espèce, puisque le législateur québécois a expressément attribué au TAQ la compétence en cause. L'article 31 se lit :

31. La Cour supérieure est le tribunal de droit commun; elle connaît en première instance de toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal.

40 Le TAQ a été investi du pouvoir exclusif d'entendre les appels en matière de droit à l'enseignement dans la langue de la minorité. Il faut donc respecter ce processus d'appel administratif.

F. *Le pouvoir de réparation du TAQ et l'opposabilité de ses décisions aux conseils scolaires*

41 Selon les appelants, même si le TAQ a compétence sur l'objet du litige, à savoir les droits que l'art. 23 garantit aux demandeurs, il ne détient toutefois pas le pouvoir d'accorder les réparations demandées par les appelants, et se trouve ainsi dépourvu de compétence à l'égard des conseils scolaires anglophones en cause. Le TAQ n'a pas, affirment les appelants, le pouvoir d'accorder les réparations

formal declaration of invalidity. Second, it lacks jurisdiction to grant injunctive relief, although the appellants acknowledge that the ATQ may issue a safeguard order under s. 74 of the *Act respecting administrative justice*.

42 As for the English school boards, the appellants argue that it is evident from the provisions of the *Charter of the French language* that they are not parties before the ATQ. Only the parents and the Minister of Education are parties. The appellants thus argue that in circumstances where rights-holders seek to enforce their right to have their children receive public instruction in English by way of an order against an English school board, the ATQ is powerless to issue such an order.

43 The respondents counter that the ATQ has all the remedial powers necessary to exercise its jurisdiction. Section 74 vests the Tribunal and its members with "all the powers necessary for the performance of their duties; they may, in particular, make any order they consider appropriate to safeguard the rights of the parties". The respondents cite, as one particular manifestation of this broad remedial power, the power granted under s. 107 of the *Act respecting administrative justice* to make a motion before a member of the Tribunal to suspend the execution of a contested decision by reason of urgency or serious and irreparable harm:

107. A proceeding before the Tribunal does not suspend the execution of the contested decision, unless a provision of law provides otherwise or, upon a motion heard and judged by preference, a member of the Tribunal orders otherwise by reason of urgency or of the risk of serious and irreparable harm.

If the law provides that the proceeding suspends the execution of the decision, or if the Tribunal issues such an order, the proceeding shall be heard and judged by preference.

44 We are in substantial agreement with the respondents. On the question of remedies, the appellants correctly point out that the ATQ cannot issue a formal declaration of invalidity. This is not, in our opinion, a reason to bypass the exclusive jurisdiction of the Tribunal. As this Court stated in *Martin*, the

demandées. D'une part, il ne peut prononcer de déclaration formelle d'invalidité. D'autre part, il ne pourrait accorder une injonction, bien que les appelants reconnaissent la capacité du TAQ à prononcer des ordonnances de sauvegarde en application de l'art. 74 de la *Loi sur la justice administrative*.

Ainsi, les appelants plaident qu'il ressort clairement des dispositions de la *Charte de la langue française* que les conseils scolaires ne sont pas des parties à l'instance devant le TAQ. Seuls les parents et le ministre de l'Éducation possèdent cette qualité. Les appelants soutiennent alors que le TAQ n'a pas le pouvoir de prononcer les ordonnances nécessaires — dans les cas où des titulaires de droits à l'éducation en langue anglaise cherchent à exercer ces droits par voie judiciaire.

Les intimés répondent que le TAQ possède tous les pouvoirs de réparation nécessaires à l'exercice de sa compétence. L'article 74 investit le Tribunal et ses membres de « tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs fonctions; ils peuvent notamment rendre toutes ordonnances qu'ils estiment propres à sauvegarder les droits des parties ». Les intimés citent comme exemple particulier de ce pouvoir général de réparation le pouvoir reconnu par l'art. 107 de la *Loi sur la justice administrative* de statuer sur une requête présentée devant un membre du Tribunal en vue de suspendre l'exécution de la décision contestée en raison d'une urgence ou d'un risque de préjudice sérieux et irréparable :

107. Un recours formé devant le Tribunal ne suspend pas l'exécution de la décision contestée, à moins qu'une disposition de la loi ne prévoie le contraire ou que, sur requête instruite et jugée d'urgence, un membre du Tribunal n'en ordonne autrement en raison de l'urgence ou du risque d'un préjudice sérieux et irréparable.

Si la loi prévoit que le recours suspend l'exécution de la décision ou si le Tribunal rend une telle ordonnance, le recours est instruit et jugé d'urgence.

Nous sommes d'accord pour l'essentiel avec les intimés. Sur la question des réparations, les appelants soulignent à bon droit que le TAQ ne peut prononcer une déclaration formelle d'invalidité. À notre avis, ce motif ne suffit pas pour passer outre à la compétence exclusive du Tribunal. Ainsi que notre Cour

constitutional remedies available to administrative tribunals are indeed limited and do not include general declarations of invalidity (para. 31). Nor is a determination by a tribunal that a particular provision is invalid pursuant to the *Canadian Charter* binding on future decision makers. As Gonthier J. noted, at para. 31: "Only by obtaining a formal declaration of invalidity by a court can a litigant establish the general invalidity of a legislative provision for all future cases."

l'a décidé dans l'arrêt *Martin*, les réparations constitutionnelles relevant des tribunaux administratifs demeurent effectivement limitées et n'incluent pas les déclarations générales d'invalidité (par. 31). La décision d'un tribunal administratif concluant à l'invalidité d'une disposition législative au regard de la *Charte canadienne* ne lie pas non plus les décideurs qui se prononceront ultérieurement. Comme l'a fait observer le juge Gonthier au par. 31 : « [c]e n'est qu'en obtenant d'une cour de justice une déclaration formelle d'invalidité qu'une partie peut établir, pour l'avenir, l'invalidité générale d'une disposition législative. »

That said, a claimant can nevertheless bring a case involving a challenge to the constitutionality of a provision before the ATQ. If the ATQ finds a breach of the *Canadian Charter* and concludes that the provision in question is not saved under s. 1, it may disregard the provision on constitutional grounds and rule on the claim as if the impugned provision were not in force (*Martin*, at para. 33). Such a ruling would, however, be subject to judicial review on a correctness standard, meaning that the Superior Court could fully review any error in interpretation and application of the *Canadian Charter*. In addition, the remedy of a formal declaration of invalidity could be sought by the claimant at this stage of the proceedings.

45 Cela dit, un demandeur jouit du droit de soumettre au TAQ une affaire qui soulève la constitutionnalité d'une disposition. Si ce tribunal conclut qu'il y a violation de la *Charte canadienne* et que la disposition en question n'est pas sauvegardée au regard de l'article premier, il peut refuser d'appliquer la disposition pour des motifs constitutionnels et statuer sur la demande comme si elle n'était pas en vigueur (*Martin*, par. 33). Une telle décision resterait cependant susceptible d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte. Dans ce contexte, la Cour supérieure pourrait examiner intégralement toute erreur commise dans l'interprétation et l'application de la *Charte canadienne*. De plus, le demandeur aurait droit de demander une déclaration formelle d'invalidité à cette étape de l'instance.

It should also be noted on the topic of remedies that, while it is true that only the Superior Court or a judge thereof may issue an injunction (this will be discussed further below), the ATQ has nevertheless been granted a broad remedial power under ss. 74 and 107 of the *Act respecting administrative justice*. The broad wording of s. 74 indicates an intention on the part of the Quebec legislature to grant the ATQ the remedial authority needed to safeguard the rights of the parties. The appellants, or any other claimants before the ATQ, should attempt to exhaust the remedies available from the ATQ rather than arguing that the absence of a particular remedy requires them to circumvent the administrative process entirely.

46 Il importe également de souligner au sujet des réparations que, s'il est vrai qu'une injonction ne peut émaner que de la Cour supérieure ou l'un de ses juges (nous traiterons davantage de cette question ci-après), les art. 74 et 107 de la *Loi sur la justice administrative* ont attribué au TAQ un pouvoir de réparation très étendu. Le libellé général de l'art. 74 témoigne de l'intention du législateur québécois d'accorder au TAQ les pouvoirs de réparation nécessaires pour sauvegarder les droits des parties. Les appelants, ou tout autre demandeur qui s'adresse au TAQ, devraient donc tenter d'épuiser les recours que leur offre le TAQ au lieu de prétendre que l'absence d'un recours en particulier les oblige à contourner tout le processus administratif.

47 As for the question of the binding effect of a ruling by the ATQ on the English school boards, we would reiterate that the Quebec legislature has chosen to grant the ATQ exclusive jurisdiction to hear appeals concerning access to minority language education. On appeal, the ATQ will decide whether the claimant's child should be admitted to an English school board. That decision is binding on the school board even if it is not a party to the appeal. The appellants raise the hypothetical possibility that a school board not directly involved as a party to an appeal before the ATQ might refuse to obey an order of the ATQ. This is a hypothetical situation, and this Court must operate on the assumption that citizens, including those on school boards, are law-abiding and will comply with the order of a properly constituted administrative tribunal that has jurisdiction over entitlement to minority language education.

48 If, however, the hypothetical situation raised by the appellants should occur, we have already shown that the ATQ has broad remedial powers under its enabling statute. Moreover, under s. 17 of the *Rules of procedure of the Administrative Tribunal of Québec*, (1999) 131 G.O. II, 4122, the ATQ may implead a third party whose presence is necessary to resolve the dispute completely:

17. Any party to a recourse may, with the authorization of the Tribunal and on the conditions it determines, implead a third party whose presence is necessary to resolve the dispute completely.

The Tribunal may, *ex officio*, order the impleading of any person whose interests could be affected by its decision.

Conceivably, the ATQ could apply this provision at the request of a claimant to acquire jurisdiction over a school board that the claimant has grounds to believe will be uncooperative. The ATQ could then make creative use of its broad remedial powers under s. 74 of the *Act respecting administrative justice* to ensure that justice is done.

Quant à la question de l'opposabilité d'une décision du TAQ aux conseils scolaires anglophones, nous tenons à répéter que le législateur québécois a choisi d'accorder au TAQ le pouvoir exclusif d'entendre les appels concernant l'accès à l'enseignement dans la langue de la minorité. En appel, le TAQ décidera si l'enfant du demandeur doit être admis dans un conseil scolaire anglophone. Cette décision lie le conseil scolaire, même si ce dernier n'est pas partie à l'appel. Les appelants soulèvent alors l'hypothèse qu'un conseil scolaire qui n'est pas directement intéressé comme partie à un appel devant le TAQ pourrait refuser de se plier à une ordonnance du TAQ. Il s'agit d'une situation purement hypothétique; notre Cour doit agir en présumant que les citoyens, y compris ceux qui siègent aux conseils scolaires, respectent la loi et se conformeront aux ordonnances prononcées par un tribunal administratif dûment constitué, dans l'exercice de sa compétence en matière de droit à l'enseignement dans la langue de la minorité.

Si toutefois l'hypothèse soulevée par les appelants devait se réaliser, nous avons déjà démontré que le TAQ possède de vastes pouvoirs de réparation en vertu de sa loi habilitante. En outre, aux termes de l'art. 17 des *Règles de procédure du Tribunal administratif du Québec*, (1999) 131 G.O. II, 5616, le TAQ peut appeler en cause un tiers dont la présence est nécessaire pour permettre une solution complète du litige :

17. Toute partie à un recours peut, sur autorisation du Tribunal et aux conditions qu'il fixe, y appeler un tiers dont la présence est nécessaire pour permettre une solution complète du litige.

Le Tribunal peut, d'office, ordonner la mise en cause de toute personne dont les intérêts peuvent être affectés par sa décision.

En théorie, le TAQ pourrait, à la demande d'une partie, appliquer cette disposition pour établir sa compétence à l'égard d'un conseil scolaire si le demandeur a des motifs de croire que ce dernier ne coopérera pas. Le TAQ pourrait alors exercer avec créativité les larges pouvoirs de réparation que lui confère l'art. 74 de la *Loi sur la justice administrative*, pour s'assurer que justice soit rendue.

In the event that such a solution is not feasible, the Superior Court does have residual jurisdiction to grant injunctive relief in urgent situations. We turn now to a discussion of the residual jurisdiction of the Superior Court.

G. *The Residual Jurisdiction of the Superior Court*

The thrust of our judgment to this point has been to emphasize the exclusive nature of the ATQ's jurisdiction to hear appeals in respect of entitlement to minority language education. We feel it necessary, however, to mention the following two caveats relating to the Superior Court's residual jurisdiction to grant injunctive relief in urgent situations and, potentially, to hear direct constitutional challenges to a legislative scheme.

(1) Injunctive Relief in Urgent Situations

The legislature's intention to confer exclusive jurisdiction over the matter in issue on the ATQ should be respected to the greatest extent possible. However, the fact remains that an injunction is defined in art. 751 of the *Code of Civil Procedure* as "an order of the Superior Court or of a judge thereof". Thus, the Superior Court has exclusive jurisdiction to grant an injunction, in the strict sense of the word.

That said, an injunction is a discretionary remedy that courts have on many occasions declined to grant where other avenues of recourse were available (see D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4th ed. 2003), vol. 2, at p. 435). We have accordingly been at pains in this judgment to emphasize the exclusive jurisdiction and broad remedial powers accorded to the ATQ. As a result, the Superior Court should exercise sparingly its discretion to award injunctive relief in minority language education claims. Such injunctive relief should be granted only to fill in the cracks in the administrative process, so to speak. In this way, injunctive relief can complement the administrative process rather than serving to weaken it.

Dans l'éventualité où cette solution s'avérerait impossible, la Cour supérieure conserve son pouvoir résiduel d'accorder une injonction dans les situations urgentes. Passons maintenant à l'examen de la compétence résiduelle de la Cour supérieure. 49

G. *La compétence résiduelle de la Cour supérieure*

Jusqu'à maintenant, nous avons principalement cherché à souligner la nature exclusive de la compétence qui permet au TAQ d'entendre les appels en matière de droit à l'enseignement dans la langue de la minorité. Cependant, il convient de faire les deux mises en garde suivantes au sujet de la compétence résiduelle de la Cour supérieure d'accorder des injonctions dans des situations urgentes et, éventuellement, de statuer sur des contestations mettant directement en cause la constitutionnalité d'un régime législatif. 50

(1) L'injonction dans des situations urgentes

La volonté du législateur d'attribuer au TAQ une compétence exclusive sur la question en cause doit être respectée le plus possible. Cependant, il n'en demeure pas moins que l'art. 751 du *Code de procédure civile* définit l'injonction comme étant « une ordonnance de la Cour supérieure ou de l'un de ses juges ». Ainsi, au sens strict du mot, seule la Cour supérieure a compétence pour accorder une injonction. 51

Toutefois, l'injonction reste une réparation discrétionnaire que les tribunaux ont à maintes reprises refusé d'accorder lorsque d'autres recours étaient possibles (voir D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4e éd. 2003), vol. 2, p. 435). Ainsi, nous avons cherché dans le présent arrêt à faire ressortir l'exclusivité de la compétence du TAQ et l'étendue de ses pouvoirs de réparation. Par conséquent, la Cour supérieure devrait exercer avec prudence son pouvoir discrétionnaire de consentir des injonctions dans le cadre des demandes d'enseignement dans la langue de la minorité. Pareille réparation ne devrait être accordée, en quelque sorte, que pour pallier les lacunes du processus administratif. De cette manière, l'injonction servirait à compléter le processus administratif plutôt qu'à l'affaiblir. 52

53 As a result, recourse to urgent injunctive relief remains possible in certain circumstances, but it should remain the rare exception, rather than the rule. Seeking injunctive relief should not be allowed to develop into a means of bypassing the judicial process, or as P.-A. Gendreau et al. note in *L'injonction* (1998), at p. 201: [TRANSLATION] ". . . neither the injunction nor any other procedure may be used to short-circuit an administrative tribunal's exercise of its exclusive jurisdiction or to obtain a review of its decision . . .".

Par conséquent, le recours à la mesure urgente qu'est l'injonction demeure possible dans certaines circonstances, mais il devrait rester l'exception plutôt que la règle. Il ne faudrait pas permettre que ce recours se transforme en un moyen de contourner le processus judiciaire établi ou, comme P.-A. Gendreau et autres le signalent dans *L'injonction* (1998), p. 201 : « . . . l'injonction ou toute autre procédure ne peut être utilisée pour court-circuiter l'exercice de la compétence exclusive d'un tribunal administratif ou pour tenter une révision de sa décision . . . ».

(2) Direct Constitutional Challenges to the Legislative Scheme

(2) Les contestations mettant directement en cause la constitutionnalité du régime législatif

54 Superior courts may also retain residual jurisdiction to hear direct constitutional challenges to a legislative scheme, should the proper circumstances arise. Such a challenge would have to be distinguishable from the facts of the cases at bar in which the appellants have, in effect, attempted to obtain relief (the right to minority language education) by circumventing the administrative process and bringing their claims directly to the Superior Court. That said, the residual jurisdiction of superior courts cannot be entirely ousted by the legislature, in particular where recourse to such courts is necessary to obtain an appropriate and just remedy. As Lamer J. noted in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 882:

Les cours supérieures peuvent aussi conserver une compétence résiduelle leur permettant de statuer sur des contestations mettant directement en cause un régime législatif, lorsque les circonstances s'y prêtent. Pareille contestation devrait se situer dans un contexte différent des faits entourant les présents pourvois. Dans ceux-ci les appelants ont, en effet, tenté d'obtenir une réparation (le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité) en contournant le processus administratif et en s'adressant directement à la Cour supérieure. Sous réserve de ces observations, le législateur ne peut écarter entièrement la compétence résiduelle des tribunaux supérieurs, en particulier lorsque le recours à ces tribunaux s'avère nécessaire pour obtenir une réparation convenable et juste. Comme l'a fait remarquer le juge Lamer dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 882 :

> . . . a person whose Canadian *Charter* rights have been infringed or denied has the right to obtain the appropriate and just remedy under the circumstances. A corollary which flows from this is the fundamental principle that there must always be a court available to grant, not only a remedy, but the remedy which is the *appropriate* and *just* one under the circumstances. [Emphasis in original.]

> . . . une personne victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la *Charte* canadienne peut obtenir la réparation qui est convenable et juste eu égard aux circonstances. Il en découle en corollaire le principe fondamental selon lequel il doit toujours y avoir un tribunal qui puisse accorder, non seulement une réparation, mais la réparation qui est *convenable* et *juste* eu égard aux circonstances. [En italique dans l'original.]

Lamer J. went on to recognize the unique nature of constitutional remedies. He noted, at p. 893, that where inferior courts are endowed by the legislature with the power to grant constitutional remedies,

Le juge Lamer a poursuivi ses commentaires en reconnaissant le caractère unique des réparations constitutionnelles. Il a aussi fait remarquer, à la p. 893, que lorsque le législateur investit les tribunaux

this delegation of remedial power cannot completely oust the jurisdiction of superior courts:

> . . . a "special law" is not sufficient to oust the jurisdiction of the superior courts, for a constitutional remedy and its accessibility should not in principle be open to statutory limitation. While limitation of the remedial power to inferior courts may well be permissible, this, in my view, can only be possible if the superior court is available to fill the remedial vacuum that would result.

As H. Brun and G. Tremblay note in *Droit constitutionnel* (4th ed. 2002), at p. 187, superior courts [TRANSLATION] "theoretically have the power to review the constitutionality of legislation". This inherent power to ensure that the Constitution is adhered to necessarily requires that superior courts retain jurisdiction, where the circumstances are appropriate, to "fill the remedial vacuum" mentioned by Lamer J. in *Mills*.

Lamer J.'s words in *Mills* are equally applicable in a situation like the one in the cases at bar, in which remedial powers with respect to constitutional rights have been conferred by the legislature on an administrative body. Despite this conferral of remedial power, the residual, inherent jurisdiction of superior courts remains in place to provide the appropriate and just remedy where required.

VI. Disposition

For the above reasons, the appeal is dismissed. The Court makes no order with respect to costs.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellants: Brent D. Tyler, Montréal.

Solicitors for the respondents: Bernard, Roy & Associés, Montréal; Department of Justice, Montréal.

d'instance inférieure du pouvoir d'accorder des réparations constitutionnelles, cette délégation du pouvoir de réparation ne saurait annihiler complètement la compétence des cours supérieures :

> . . . une « loi spéciale » ne suffit pas à priver de compétence les cours supérieures, car une réparation constitutionnelle, de même que la possibilité de la faire valoir, ne devrait pas en principe pouvoir être limitée par une loi. Si la limitation du pouvoir de réparation des juridictions de degré inférieur peut être permise, c'est, à mon avis, seulement possible parce que la cour supérieure est à même de combler la carence qui en résulterait.

Comme H. Brun et G. Tremblay le font remarquer dans *Droit constitutionnel* (4e éd. 2002), p. 187, les tribunaux supérieurs « disposent en principe du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois ». Ce pouvoir inhérent de veiller au respect de la Constitution exige nécessairement des cours supérieures qu'elles conservent le pouvoir, lorsque les circonstances s'y prêtent, de « combler la carence » mentionnée par le juge Lamer dans l'arrêt *Mills*.

55 Les propos du juge Lamer dans l'arrêt *Mills* s'appliquent tout autant à un cas où, comme en l'espèce, le législateur a confié à un organisme administratif des pouvoirs de réparation en matière de droits constitutionnels. Malgré cette délégation du pouvoir de réparation, la compétence résiduelle et inhérente des cours supérieures subsiste et leur permet d'accorder au besoin la réparation qui est convenable et juste.

VI. Dispositif

56 Pour les motifs susmentionnés, le pourvoi est rejeté. La Cour ne rend aucune ordonnance relativement aux dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureur des appelants : Brent D. Tyler, Montréal.

Procureurs des intimés : Bernard, Roy & Associés, Montréal; Ministère de la Justice, Montréal.

Pacific National Investments Ltd. *Appellant*

v.

Corporation of the City of Victoria *Respondent*

INDEXED AS: PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD. *v.* VICTORIA (CITY)

Neutral citation: 2005 SCC 17.

File No.: 29759.

2005: March 24.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

MOTION FOR A RE-HEARING ON THE ISSUE OF POST-JUDGMENT INTEREST

Judgments and orders — Interest — Post-judgment interest — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 50.

The appellant developer successfully sued the respondent municipality for unjust enrichment and was awarded $1.08 million. On appeal, the Court of Appeal dismissed the developer's action, but the Supreme Court restored the trial judgment with interest accruing on the sum of $1.08 million "at registrar's rates from time to time commencing the 1st day of October 1993 [the date of the writ of summons] to the date of this judgment". The order as to interest was in accordance with the order sought by the developer in its factum. Subsequently, the municipality refused to pay post-judgment interest from the date of the trial judgment and the developer brought a motion for a re-hearing to clarify the judgment on that issue. In its response to the motion, the municipality argued that the developer did not seek, either in its factum or at the hearing, post-judgment interest from the date of the trial judgment. Rather, its original claim was for pre-judgment interest from the date of the writ of summons to the date of this Court's judgment. The municipality submitted that this claim was appropriate because the Court of Appeal had overturned the trial judgment and the municipality was not liable to pay any judgment or interest until this Court's decision. Lastly, although s. 50 of the *Supreme Court Act* states that, "[u]nless otherwise ordered by the Court", interest is payable at the rate and from the

Pacific National Investments Ltd. *Appelante*

c.

Corporation de la ville de Victoria *Intimée*

RÉPERTORIÉ : PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD. *c.* VICTORIA (VILLE)

Référence neutre : 2005 CSC 17.

N° du greffe : 29759.

2005 : 24 mars.

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

DEMANDE DE NOUVELLE AUDITION SUR LA QUESTION DES INTÉRÊTS AU TAUX POSTÉRIEUR AU JUGEMENT

Jugements et ordonnances — Intérêt — Intérêt au taux postérieur au jugement — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 50.

Le promoteur immobilier appelant a eu gain de cause dans sa poursuite contre la municipalité intimée pour enrichissement sans cause et la somme de 1,08 million de dollars lui a été accordée. En appel, la Cour d'appel a rejeté l'action du promoteur, mais la Cour suprême a rétabli le jugement de première instance avec intérêt, sur la somme de 1,08 million de dollars, « aux taux établis périodiquement par le registraire à compter du 1er octobre 1993 [la date du bref d'assignation] jusqu'à la date du présent jugement ». L'ordonnance relative à l'intérêt était conforme à l'ordonnance demandée par le promoteur dans son mémoire. Par la suite, la municipalité a refusé de payer l'intérêt au taux postérieur au jugement à compter de la date du jugement de première instance et le promoteur a demandé par requête une nouvelle audition en vue de préciser le jugement sur cette question. Dans sa réponse à la requête, la municipalité a soutenu que le promoteur n'avait pas demandé, dans son mémoire ou à l'audition, l'intérêt au taux postérieur au jugement à compter de la date du jugement de première instance. Il avait plutôt demandé à l'origine l'intérêt au taux antérieur au jugement à compter de la date du bref d'assignation jusqu'à la date du jugement de cette Cour. La municipalité a allégué que cette demande était juste parce que la Cour d'appel avait infirmé le jugement de première instance et que la municipalité n'était pas tenue de payer le

date of the trial judgment, the municipality argued that, in this case, this Court specifically ordered otherwise.

Held: The motion for a re-hearing should be dismissed. Post-judgment interest should be paid from the date of the trial judgment.

Statutes and Regulations Cited

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 50.

MOTION for a re-hearing on the issue of post-judgment interest following a judgment rendered by this Court, [2004] 3 S.C.R. 575. Motion dismissed.

Written submissions by *L. John Alexander*, for the appellant.

Written submissions by *Guy E. McDannold*, for the respondent.

The following order was delivered by

THE COURT — The motion to extend the time to apply for a re-hearing is allowed and the motion for a re-hearing is dismissed without costs. The issue sought to be clarified by re-hearing is conclusively addressed by s. 50 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26. In accordance with that section, interest at post-judgment rates accrues from the time of the trial judgment through to the judgment of this Court and beyond until paid.

Motion dismissed.

Solicitors for the appellant: Cox, Taylor, Victoria.

Solicitors for the respondent: Staples McDannold Stewart, Victoria.

montant du jugement ou les intérêts avant la décision de notre Cour. Enfin, bien que l'art. 50 de la *Loi sur la Cour suprême* dispose que « [s]auf ordonnance contraire de la Cour », l'intérêt doit être payé au taux et à compter de la date applicables au jugement de première instance, la municipalité a soutenu qu'en l'espèce, cette Cour a spécifiquement rendu une ordonnance contraire.

Arrêt : La demande de nouvelle audition est rejetée. Des intérêts au taux postérieur au jugement doivent être payés à compter de la date du jugement de première instance.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 50.

DEMANDE de nouvelle audition sur la question des intérêts au taux postérieur au jugement à la suite de l'arrêt de notre Cour, [2004] 3 R.C.S. 575. Demande rejetée.

Argumentation écrite par *L. John Alexander*, pour l'appelante.

Argumentation écrite par *Guy E. McDannold*, pour l'intimée.

L'ordonnance suivante a été rendue par

LA COUR — La requête en prorogation du délai imparti pour présenter une demande de nouvelle audition est accueillie et la demande de nouvelle audition est rejetée, sans dépens. L'article 50 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, répond de façon concluante à la question visée par la demande de nouvelle audition. Conformément à cette disposition, l'intérêt court, au taux postérieur au jugement, de la date du jugement de première instance, jusqu'au jugement de la Cour, et par la suite jusqu'à la date du paiement. 1

Demande rejetée.

Procureurs de l'appelante : Cox, Taylor, Victoria.

Procureurs de l'intimée : Staples McDannold Stewart, Victoria.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

R.L. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. R.G.L.

Neutral citation: 2005 SCC 18.

File No.: 30376.

2005: February 11; 2005: April 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Appeal — Appeal as of right — Dissent in Court of Appeal not raising question of law — Appeal quashed.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 693(1)(*a*).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Laskin and Feldman JJ.A.) (2004), 186 O.A.C. 355, 185 C.C.C. (3d) 55, [2004] O.J. No. 1944 (QL), setting aside the accused's convictions and ordering a new trial. Appeal quashed.

Riun Shandler and *Benita Wassenaar*, for the appellant.

Paul Burstein, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

1 THE COURT — We are of the view that the dissent in the Court of Appeal does not raise an issue of law, as required by s. 693(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Accordingly, the appeal is quashed.

Appeal quashed.

Solicitor for the appellant: Ministry of the Attorney General, Toronto.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

R.L. *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. R.G.L.

Référence neutre : 2005 CSC 18.

N° du greffe : 30376.

2005 : 11 février; 2005 : 14 avril.

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

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

Droit criminel — Appel — Appel de plein droit — Dissidence en Cour d'appel ne soulevant pas une question de droit — Pourvoi cassé.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 693(1)*a*).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Laskin et Feldman) (2004), 186 O.A.C. 355, 185 C.C.C. (3d) 55, [2004] O.J. No. 1944 (QL), qui a annulé les déclarations de culpabilité de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi cassé.

Riun Shandler et *Benita Wassenaar*, pour l'appelante.

Paul Burstein, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Nous sommes d'avis que la dissidence en Cour d'appel ne soulève pas une question de droit, comme l'exige l'al. 693(1)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Par conséquent, le pourvoi est cassé.

Pourvoi cassé.

Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général, Toronto.

Solicitors for the respondent: Burstein, Unger, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Burstein, Unger, Toronto.

P.E.C. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* P.E.C.

Neutral citation: 2005 SCC 19.

File No.: 30561.

2005: April 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Accused convicted at trial of six counts of sex-related offences involving two young children — Trial judge considering evidence relating to other counts against accused when assessing his credibility in respect of particular set of counts — Whether trial judge erred in failing to deal with evidence on each count separately.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Esson, Southin and Oppal JJ.A.) (2004), 204 B.C.A.C. 122, 333 W.A.C. 122, 189 C.C.C. (3d) 178, [2004] B.C.J. No. 1878 (QL), 2004 BCCA 465, allowing in part the accused's appeal from a judgment of Smith J., [2000] B.C.J. No. 2806 (QL), 2000 BCSC 1050, convicting him of six counts of sex-related offences. Appeal allowed and new trial ordered.

D. Mitchell Foster, for the appellant.

Ursula Botz, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 CHARRON J. — This appeal comes to this Court as of right on the question of whether the trial judge erred by failing to deal with the evidence on each count separately when she considered the evidence

P.E.C. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* P.E.C.

Référence neutre : 2005 CSC 19.

N° du greffe : 30561.

2005 : 19 avril.

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

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

Droit criminel — Preuve — Accusé trouvé coupable de six infractions d'ordre sexuel à l'endroit de deux jeunes enfants — Juge du procès examinant la preuve relative à d'autres chefs d'accusation contre l'accusé lors de son appréciation de la crédibilité de l'accusé relativement à un ensemble donné de chefs d'accusation — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en omettant de se prononcer sur la preuve ayant trait à chaque chef d'accusation séparément?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Esson, Southin et Oppal) (2004), 204 B.C.A.C. 122, 333 W.A.C. 122, 189 C.C.C. (3d) 178, [2004] B.C.J. No. 1878 (QL), 2004 BCCA 465, qui a accueilli en partie l'appel de l'accusé contre un jugement de la juge Smith, [2000] B.C.J. No. 2806 (QL), 2000 BCSC 1050, qui le déclarait coupable de six infractions d'ordre sexuel. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

D. Mitchell Foster, pour l'appelant.

Ursula Botz, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE CHARRON — Dans le présent appel de plein droit, la Cour doit décider si la juge du procès a commis une erreur en omettant de se prononcer sur la preuve ayant trait à chaque chef d'accusation

relating to other counts in assessing the credibility of the appellant in respect of a particular set of counts. In our view, the trial judge made no such error. The verdict on each count of an indictment must, of course, be based on evidence admissible with respect to that count; in assessing the credibility of each witness, including the accused, the trial judge was entitled, however, to consider the totality of the evidence given by that witness. In doing so, she did not engage in a prohibited line of reasoning contrary to the rule against similar fact evidence.

However, the findings of credibility in this case were so intertwined, as evidenced by the very impugned passage in the trial judge's reasons, that it is difficult to identify the logic that led to the divided result reached by the Court of Appeal. Because a new trial has been ordered on the counts involving the complainant S.P., an order that has not been appealed before this Court, we are of the view that there should also be a new trial on the counts involving J.C. For these reasons, the appeal is allowed, the convictions are set aside and a new trial is ordered.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Johnson Doricic Foster, Vancouver.

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

séparément lorsqu'elle a examiné la preuve sur les autres chefs au cours de l'appréciation de la crédibilité de l'appelant relativement à un ensemble donné de chefs d'accusation. À notre avis, la juge du procès n'a pas commis d'erreur à cet égard. Le verdict sur chaque chef d'accusation doit évidemment se fonder sur la preuve admissible à l'égard de ce chef d'accusation; dans l'évaluation de la crédibilité de chaque témoin, y compris l'appelant, la juge du procès pouvait cependant tenir compte de l'ensemble de la déposition de ce témoin. Ce faisant, elle n'a pas suivi un raisonnement erroné contraire à la règle interdisant la preuve d'actes similaires.

Cependant, les conclusions sur la crédibilité sont à ce point enchevêtrées en l'espèce, comme en témoigne le passage particulièrement contesté des motifs de la juge du procès, qu'il est difficile de cerner la logique ayant amené la Cour d'appel à rendre une décision partagée. Comme un nouveau procès a été ordonné relativement aux chefs d'accusation concernant la plaignante S.P., ordonnance qui n'a pas été portée en appel devant cette Cour, nous sommes d'avis qu'un nouveau procès devrait aussi avoir lieu relativement aux chefs d'accusation concernant J.C. Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli, les déclarations de culpabilité sont annulées et un nouveau procès est ordonné. 2

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Johnson Doricic Foster, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général, Vancouver.

André Pelland *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec and Fédération des producteurs de volailles du Québec *Respondents*

and

Attorney General of Canada and Chicken Farmers of Canada *Interveners*

André Pelland *Appelant*

c.

Procureur général du Québec et Fédération des producteurs de volailles du Québec *Intimés*

et

Procureur général du Canada et Producteurs de poulet du Canada *Intervenants*

INDEXED AS: FÉDÉRATION DES PRODUCTEURS DE VOLAILLES DU QUÉBEC *v.* PELLAND

Neutral citation: 2005 SCC 20.

File No.: 29805.

2004: December 9; 2005: April 21.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Abella JJ.

RÉPERTORIÉ : FÉDÉRATION DES PRODUCTEURS DE VOLAILLES DU QUÉBEC *c.* PELLAND

Référence neutre : 2005 CSC 20.

N° du greffe : 29805.

2004 : 9 décembre; 2005 : 21 avril.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Federal-provincial chicken marketing scheme — Constitutionality of provincial component of scheme — Whether provincial scheme applicable to production of chicken intended for interprovincial market — An Act respecting the marketing of agricultural, food and fish products, R.S.Q., c. M-35.1 — Règlement sur la production et la mise en marché du poulet, R.R.Q., c. M-35.1, r. 13.2 — Plan conjoint des producteurs de volailles du Québec, R.R.Q., c. M-35, r. 126.

Constitutional law — Delegation of regulatory powers — Referential incorporation of provincial legislation by federal regulatory body — Federal-provincial chicken marketing scheme — Federal body, through Grant of Authority by Governor in Council, delegating its regulatory power over interprovincial and export trade to provincial marketing board and referentially incorporating provincial legislation — Whether administrative delegation and referential incorporation

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Régime fédéral-provincial de commercialisation du poulet — Constitutionnalité de la composante provinciale du régime — Le régime provincial s'applique-t-il à l'égard du poulet destiné au marché interprovincial? — Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche, L.R.Q., ch. M-35.1 — Règlement sur la production et la mise en marché du poulet, R.R.Q., ch. M-35.1, r. 13.2 — Plan conjoint des producteurs de volailles du Québec, R.R.Q., ch. M-35, r. 126.

Droit constitutionnel — Délégation de pouvoirs de réglementation — Incorporation par renvoi de mesures législatives provinciales par l'office fédéral de réglementation — Régime fédéral-provincial de commercialisation du poulet — Incorporation par renvoi par l'office fédéral de mesures législatives provinciales et délégation par celui-ci à l'office de commercialisation provincial, au moyen d'un instrument de délégation de pouvoirs, de son pouvoir de réglementer le commerce extraprovincial

constitutional — Whether only Parliament can referentially incorporate provincial legislation.

The federal and provincial governments entered into a scheme with respect to the production and marketing of chicken in Canada. Under the scheme, the federal marketing agency set a global production quota for each province and the provincial board agreed to authorize its producers to globally produce and market no more chicken than the quantity fixed by the federal body as that province's share of the national marketing target. The federal body, through a Grant of Authority by the Governor in Council, delegated its authority to allocate and administer the federal quotas and regulate the marketing of chicken in interprovincial and export trade to the provincial body. A chicken producer in a province is thus allocated by the provincial body a single quota applicable to all of his or her production and marketing of chicken, regardless of an intention to market the product intraprovincially, extraprovincially or both. In this case, the appellant, a Quebec chicken producer, grossly exceeded his allotted quota. The bulk of this production was exported to Ontario. The provincial board, in accordance with the penalty provisions found in the provincial regulations, automatically reduced his quota to zero and imposed a monetary penalty. The Superior Court rejected the appellant's argument that the Quebec law was unconstitutional on the grounds that it affects interprovincial trade, and granted an interlocutory injunction. The Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be dismissed.

The provincial legislative component of the federal-provincial chicken marketing scheme is constitutional and can operate to limit the production of chicken destined exclusively for the interprovincial market. The core character of the provincial legislative component does not relate to setting quotas or fixing prices for exported goods or to attempting to regulate interprovincial or export trade. Rather, its purpose is to establish rules that allow for the organization of the production and marketing of chicken within Quebec, and to control chicken production to fulfill provincial commitments under a cooperative federal-provincial agreement. Any impact of this legislation on extraprovincial trade is incidental. Chicken producers within the province who have received a quota from the provincial body are free to market their products intraprovincially,

et l'exportation — Est-ce que la délégation administrative et l'incorporation par renvoi étaient constitutionnelles? — Est-ce que seul le Parlement peut incorporer par renvoi des mesures législatives provinciales?

Les gouvernements fédéral et provinciaux ont convenu d'un régime de production et de commercialisation du poulet au Canada. Dans le cadre de ce régime, l'office de commercialisation fédéral a fixé un contingent global de production pour chaque province et l'office provincial a accepté d'autoriser les producteurs locaux à produire et mettre en marché une quantité globale de poulets ne dépassant pas celle que l'office fédéral a établie comme part provinciale de l'objectif national de commercialisation. L'office fédéral, au moyen d'une Délégation de pouvoir par le gouverneur en conseil, a délégué à l'office provincial son pouvoir d'attribuer et d'administrer les contingents fédéraux et de réglementer la commercialisation du poulet sur les marchés interprovincial et international. Le producteur se voit ainsi attribuer par l'office provincial un contingent unique, applicable à l'ensemble de sa production et de sa commercialisation, sans égard à la destination — intraprovinciale, extraprovinciale ou les deux — du produit. En l'espèce, l'appelant, producteur québécois de poulet, a considérablement dépassé le contingent qui lui a été attribué. Le gros de sa production était exportée en Ontario. Conformément aux dispositions pénales du règlement provincial, l'office provincial a automatiquement réduit à zéro le contingent de l'appelant et lui a imposé une amende. La Cour supérieure a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel la loi québécoise est inconstitutionnelle au motif qu'elle touche au commerce interprovincial et elle a accordé une injonction interlocutoire. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La composante législative provinciale du programme fédéral-provincial de commercialisation du poulet est constitutionnelle et peut avoir pour effet de limiter la production de poulets destinés exclusivement au marché interprovincial. La composante législative provinciale du programme n'a pas pour objet fondamental de fixer des contingents ou des prix à l'égard de produits d'exportation ou de régir le commerce interprovincial ou l'exportation. Elle a plutôt pour but d'établir des règles permettant d'organiser la production et la mise en marché du poulet au Québec et de contrôler la production de poulets afin d'assurer le respect des engagements provinciaux pris dans le cadre de l'accord de coopération fédéral-provincial. L'effet qu'elle peut avoir sur le commerce extraprovincial est accessoire. Les producteurs qui reçoivent un contingent de l'office

extraprovincially (with a licence from the federal body) or in some combination of the two, so long as they do not exceed their individual quotas. The fact that the appellant's quota was reduced to zero had nothing to do with a provincial attempt to regulate interprovincial or export trade, and everything to do with a flagrant disregard for his production quota. [33-34] [37] [43-44]

The delegation of regulatory powers and the referential incorporation of provincial legislation by the federal body under the Grant of Authority were constitutional. The Grant of Authority, which satisfies the wording and intent of the delegation of power provision of the *Farm Products Agencies Act*, falls squarely within a well-established body of precedent upholding the validity of administrative delegation in aid of cooperative federalism. When the federal legislation and regulations and the Grant of Authority are considered together, it is clear that Parliament intended at all times to retain its administrative control over the provincial body through the federal marketing agency, and there is no indication that the Grant of Authority attempted to expand provincial legislative authority. Lastly, there is no basis in this case for elevating the claim that only Parliament can referentially incorporate provincial legislation to the level of a constitutional principle. [55] [57] [59]

Cases Cited

Applied: *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; **referred to:** *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, [1971] S.C.R. 689; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R. 545; *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42; *British Columbia (Milk Board) v. Grisnich*, [1995] 2 S.C.R. 895; *P.E.I. Potato Marketing Board v. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 S.C.R. 392; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31; *Peralta v. Ontario*, [1988] 2 S.C.R. 1045.

provincial sont libres de vendre leurs produits comme ils l'entendent, sur le marché intraprovincial ou extraprovincial (au moyen d'un permis de l'office fédéral), ou par une combinaison des deux, à condition de ne pas dépasser leur contingent individuel. Le fait que le contingent de l'appelant ait été réduit à zéro n'avait rien à voir avec une tentative de la part de la province de réglementer le commerce interprovincial ou l'exportation; c'était seulement une sanction qui lui était infligée pour n'avoir manifestement pas respecté son contingent de production. [33-34] [37] [43-44]

La délégation de pouvoirs de réglementation et l'incorporation par renvoi de mesures législatives provinciales par l'office fédéral en vertu de la Délégation de pouvoir étaient constitutionnelles. La Délégation de pouvoir, qui satisfait tant à la lettre qu'à l'esprit de la disposition de la *Loi sur les offices des produits agricoles* permettant la délégation de pouvoirs, est incontestablement de celles qu'un ensemble bien établi de précédents a déclarées valides comme délégation administrative favorisant le fédéralisme coopératif. Lorsqu'on examine ensemble les dispositions législatives et réglementaires fédérales ainsi que la Délégation de pouvoir, il est clair que le Parlement a toujours eu l'intention de conserver son contrôle administratif sur l'office provincial par l'intermédiaire de l'office fédéral de commercialisation, et rien n'indique que la Délégation de pouvoir visait à étendre les pouvoirs législatifs provinciaux. Enfin, rien en l'espèce ne permet d'ériger en principe constitutionnel la prétention que seul le Parlement peut incorporer par renvoi des mesures législatives provinciales. [55] [57] [59]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; **arrêts mentionnés :** *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Carnation Co. c. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] R.C.S. 238; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Procureur général du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, [1971] R.C.S. 689; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545; *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42; *Colombie-Britannique (Milk Board) c. Grisnich*, [1995] 2 R.C.S. 895; *P.E.I. Potato Marketing Board c. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 R.C.S. 392; *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31; *Peralta c. Ontario*, [1988] 2 R.C.S. 1045.

Statutes and Regulations Cited

An Act respecting the marketing of agricultural, food and fish products, R.S.Q., c. M-35.1, s. 1, 45, 64, 93(2), (3), (4), (5), (6), 94.

Canadian Chicken Licensing Regulations, SOR/81-517.

Canadian Chicken Marketing Agency Quota Grant of Administrative Authority, P.C. 1991-1090, ss. 2, 3, 4.

Canadian Chicken Marketing Quota Regulations, 1990, SOR/90-556, ss. 2, 3, 4, 5(1), (3), 6, 7.

Chicken Farmers of Canada Proclamation, SOR/79-158, ss. 6(1), 9.

Constitution Act, 1867, ss. 91(2), 92(10), 92A.

Farm Products Agencies Act, R.S.C. 1985, c. F-4, ss. 16(1), 21, 22.

Federal-Provincial Agreement with respect to the establishment of a Comprehensive Chicken Marketing Program in Canada (1978).

Plan conjoint des producteurs de volailles du Québec, R.R.Q., c. M-35, r. 126.

Règlement sur la production et la mise en marché du poulet, R.R.Q., c. M-35.1, r. 13.2, ss. 1, 53, 54, 90, 92.

Authors Cited

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Fish, Rousseau-Houle and Chamberland JJ.A.), [2003] Q.J. No. 3331 (QL), affirming a decision of Crôteau J., [2001] Q.J. No. 5828 (QL). Appeal dismissed.

Louis H. Lacroix, *François Chevrette* and *Sébastien Locas*, for the appellant.

Pierre-Christian Labeau, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Pierre Brosseau and *Nancy Lemaire*, for the respondent Fédération des producteurs de volailles du Québec.

René LeBlanc, for the intervener the Attorney General of Canada.

David K. Wilson and *M. Lynn Starchuk*, for the intervener the Chicken Farmers of Canada.

Lois et règlements cités

Accord fédéral-provincial relatif à la mise en place d'un système global de commercialisation du poulet au Canada (1978).

Délégation de pouvoir par l'Office canadien de commercialisation des poulets en matière de contingentement, C.P. 1991-1090, art. 2, 3, 4.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), 92(10), 92A.

Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche, L.R.Q., ch. M-35.1, art. 1, 45, 64, 93(2), (3), (4), (5), (6), 94.

Loi sur les offices des produits agricoles, L.R.C. 1985, ch. F-4, art. 16(1), 21, 22.

Plan conjoint des producteurs de volailles du Québec, R.R.Q., ch. M-35, r. 126.

Proclamation visant Les Producteurs de poulet du Canada, DORS/79-158, art. 6(1), 9.

Règlement canadien sur le contingentement de la commercialisation des poulets (1990), DORS/90-556, art. 2, 3, 4, 5(1), (3), 6, 7.

Règlement sur l'octroi de permis visant les poulets du Canada, DORS/81-517.

Règlement sur la production et la mise en marché du poulet, R.R.Q., ch. M-35.1, r. 13.2, art. 1, 53, 54, 90, 92.

Doctrine citée

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Fish, Rousseau-Houle et Chamberland), [2003] J.Q. n° 3331 (QL), qui a confirmé une décision du juge Crôteau, [2001] J.Q. n° 5828 (QL). Pourvoi rejeté.

Louis H. Lacroix, *François Chevrette* et *Sébastien Locas*, pour l'appelant.

Pierre-Christian Labeau, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Pierre Brosseau et *Nancy Lemaire*, pour l'intimée la Fédération des producteurs de volailles du Québec.

René LeBlanc, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

David K. Wilson et *M. Lynn Starchuk*, pour l'intervenant les Producteurs de poulet du Canada.

The judgment of the Court was delivered by

1 ABELLA J. — Over 25 years ago, this Court decided that a federal-provincial scheme with respect to the production and marketing of eggs was constitutional. André Pelland, a Quebec chicken farmer whose production is subject to a similar scheme, seeks a review of the scheme's constitutionality.

Background

2 In a landmark 1978 case which has come to be known as the "*Egg Reference*" (*Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198), this Court unanimously affirmed the constitutional validity of a national agricultural marketing scheme collaboratively crafted by Parliament and the provinces in response to the Court's evolving jurisprudence. The *Egg Reference* has since become the blueprint for federal-provincial marketing schemes.

3 After the release of the *Egg Reference*, the federal and provincial governments entered into the 1978 *Federal-Provincial Agreement with respect to the establishment of a Comprehensive Chicken Marketing Program in Canada* ("Federal-Provincial Agreement").

4 To ensure effective marketing and a dependable supply of chicken to Canadian consumers, the Federal-Provincial Agreement was designed to weave together the legislative jurisdiction of both levels of government in order to ensure a seamless regulatory scheme. The integration of the federal and provincial components of the scheme is achieved through s. 22(3) of the *Farm Products Agencies Act*, R.S.C. 1985, c. F-4. (The relevant provisions are attached as appendices to these reasons.) Section 22(3) enables a federal marketing agency to authorize a provincial body to perform any function relating to interprovincial or export trade in the regulated product that the federal agency is authorized to perform. Pursuant to the *Canadian Chicken Marketing Agency Quota Grant of Administrative Authority* ("Grant of

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE ABELLA — Il y a plus de 25 ans, la Cour a déclaré constitutionnel un programme fédéral-provincial de production et de commercialisation des œufs. André Pelland, éleveur de poulets du Québec, dont la production est assujettie à un programme similaire, demande le réexamen de la constitutionnalité du programme.

Contexte

Dans l'arrêt de principe qu'elle a rendu en 1978, maintenant appelé « *Renvoi sur les œufs* » (*Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198), la Cour a unanimement confirmé la constitutionnalité d'un programme national de commercialisation agricole que le Parlement et les provinces ont élaboré conjointement à la suite de l'évolution de la jurisprudence de la Cour. Depuis, le *Renvoi sur les œufs* est devenu la référence en matière de programme fédéral-provincial de commercialisation.

Après le prononcé de la décision dans le *Renvoi sur les œufs*, le gouvernement fédéral et les provinces ont conclu, en 1978, l'*Accord fédéral-provincial relatif à la mise en place d'un système global de commercialisation du poulet au Canada* (« Accord fédéral-provincial »).

Pour assurer une commercialisation efficace des poulets et un approvisionnement régulier de ce produit au consommateur canadien, l'Accord fédéral-provincial vise à établir un régime de réglementation harmonieux dans lequel sont incorporées les compétences législatives des deux ordres de gouvernement. Les composantes fédérale et provinciale du programme ont pu être intégrées par application du par. 22(3) de la *Loi sur les offices des produits agricoles*, L.R.C. 1985, ch. F-4, qui habilite l'office fédéral de commercialisation à autoriser un organisme provincial à remplir toute fonction qui lui est attribuée en matière de commerce interprovincial ou d'exportation du produit réglementé. (Les dispositions législatives et réglementaires pertinentes sont reproduites en annexe aux présents motifs.) L'office fédéral a délégué ses

Authority"), P.C. 1991-1090, June 13, 1991, the federal marketing agency delegated its authority to Quebec's chicken marketing board, the Fédération des producteurs de volailles du Québec ("Fédération"). The Grant of Authority authorized the provincial body to allocate and administer federal quotas in accordance with both the federal *Canadian Chicken Marketing Quota Regulations, 1990*, SOR/90-556, and such relevant rules as were in force from time to time in the province.

pouvoirs à l'organisme provincial de commercialisation du poulet, la Fédération des producteurs de volailles du Québec (« Fédération »), en vertu de la *Délégation de pouvoir par l'Office canadien de commercialisation des poulets en matière de contingentement*, C.P. 1991-1090, 13 juin 1991 (« Délégation de pouvoir »), laquelle autorise l'organisme provincial à attribuer et administrer les contingents fédéraux conformément au *Règlement canadien sur le contingentement de la commercialisation des poulets (1990)*, DORS/90-556, et aux règles applicables dans la province en cette matière.

Implementing its part of the terms of the Federal-Provincial Agreement, and pursuant to what is now s. 16(1) of the *Farm Products Agencies Act*, the federal government created a federal chicken marketing agency, then known as the Canadian Chicken Marketing Agency and now called the Chicken Farmers of Canada ("CFC"). It was expressly empowered by s. 22(1) of the *Farm Products Agencies Act* to implement a marketing plan and make such orders and regulations, subject to the approval of the Governor in Council, as were necessary for the execution of the plan.

5 Pour exécuter sa part des modalités de l'Accord fédéral-provincial et conformément à ce qui est maintenant le par. 16(1) de la *Loi sur les offices des produits agricoles*, le gouvernement fédéral a créé un office de commercialisation du poulet, alors appelé Office canadien de commercialisation du poulet et maintenant connu sous le nom de « Les producteurs de poulet du Canada » (« PPC »). Cet office est expressément habilité par le par. 22(1) de la *Loi sur les offices des produits agricoles* à exécuter un plan de commercialisation et à prendre les ordonnances et règlements nécessaires à l'exécution du plan, sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil.

The provincial component of the scheme in Quebec is the subject of the constitutional challenge before us and is embodied in *An Act respecting the marketing of agricultural, food and fish products*, R.S.Q., c. M-35.1, and the *Règlement sur la production et la mise en marché du poulet*, R.R.Q., c. M-35.1, r. 13.2. In 1971, the *Plan conjoint des producteurs de volailles du Québec*, R.R.Q., c. M-35, r. 126, was adopted pursuant to what is now s. 45 of the provincial legislation. The Plan is administered by the Fédération and governs all production and marketing of chicken within the province of Quebec.

6 Au Québec, ce sont la *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche*, L.R.Q., ch. M-35.1, et le *Règlement sur la production et la mise en marché du poulet*, R.R.Q., ch. M-35.1, r. 13.2, qui forment la composante provinciale du programme dont la constitutionnalité est contestée en l'espèce. Le *Plan conjoint des producteurs de volailles du Québec*, R.R.Q., ch. M-35, r. 126, a été adopté en 1971 en vertu de ce qui est maintenant l'art. 45 de la loi provinciale. Administré par la Fédération, il régit la production et la mise en marché du poulet au Québec.

The function of the federal body is to assess the national market and set a global production quota for each province. It assigns a marketing quota to each province representing that province's share of the national market.

7 L'office fédéral a pour fonction d'évaluer le marché national et de fixer un contingent global de production pour chaque province. Il attribue à chacune un contingent de commercialisation correspondant à la part du marché canadien qu'elle détient.

8 Each provincial body then adopts as its intraprovincial production quota the exact share federally assigned to it. It agrees to authorize its local producers to globally produce and market no more chicken than the quantity fixed by the federal body as that province's share of the national marketing target. To produce and market chickens in Quebec, a farmer must receive a quota allocation from the Fédération and produce no more than his or her allocated quota for a given period. A producer in a province receives a single quota applicable to all of his or her production and marketing of chicken, regardless of intended destination.

Chaque organisme provincial adopte ensuite comme contingent de production intraprovincial la part exacte qui lui a été attribuée par l'office fédéral. Il accepte d'autoriser les producteurs locaux à produire et mettre en marché une quantité globale de poulets ne dépassant pas celle que l'office fédéral a établie comme part provinciale de l'objectif national de commercialisation. Pour produire et commercialiser des poulets au Québec, l'agriculteur doit être titulaire d'un contingent délivré par la Fédération et il ne peut produire une quantité supérieure à celle permise par son contingent pour la période visée. Le producteur se voit attribuer un contingent provincial unique applicable à l'ensemble de sa production et de sa commercialisation, sans égard à la destination du produit.

9 In order to facilitate the integration of production and marketing quotas, the federal body delegates its authority to regulate the marketing of chickens in interprovincial and export trade to the provincial body, in this case the Fédération. Once producers obtain a production and marketing quota from the Fédération, they are free to decide where their product will be sold. Neither the federal nor the provincial body sets distinct intraprovincial or extraprovincial marketing quotas.

Pour faciliter l'intégration des contingents de production et de commercialisation, l'office fédéral délègue à l'organisme provincial, en l'occurrence la Fédération, son pouvoir de réglementer la commercialisation des poulets sur les marchés interprovincial et international. Une fois qu'ils ont obtenu de la Fédération un contingent de production et de commercialisation, les producteurs sont libres de choisir le marché où ils veulent vendre leur produit. Ni l'office fédéral ni l'organisme provincial n'établissent de contingents distincts pour la commercialisation intraprovinciale et la commercialisation extraprovinciale.

10 In this way, the federal-provincial scheme combines in one body, the Fédération, provincial jurisdiction over production and intraprovincial marketing, and federal jurisdiction over extraprovincial marketing. The federally and provincially assigned quotas dovetail so that the total quantity of chicken produced in Canada does not exceed the agreed-upon national marketing total.

Ainsi, le programme fédéral-provincial combine en un seul organisme, à savoir la Fédération, la compétence provinciale en matière de production et de commercialisation intraprovinciale et la compétence fédérale en matière de commercialisation extraprovinciale. Les contingents fédéraux et provinciaux sont harmonisés afin que la quantité totale de poulets produits au Canada ne dépasse pas le total national convenu pour la commercialisation.

11 Because Mr. Pelland produced 4,425,030 kg in excess of his allotted quota for the relevant periods, the Fédération, in accordance with the penalty provisions found in the provincial regulations, automatically reduced his quota to zero and imposed a monetary penalty in the amount of $2,433,766.50.

Comme M. Pelland a produit 4 425 030 kg en sus des contingents qui lui ont été attribués pour les périodes visées, la Fédération a, conformément aux dispositions pénales prévues par le règlement provincial, automatiquement réduit son contingent à zéro et lui a imposé une amende de 2 433 766,50 $.

In addition, it sought an interlocutory injunction.

Crôteau J. granted the injunction: [2001] Q.J. No. 5828 (QL). He found that Mr. Pelland produced and sold about 29 times his quota, representing almost 50 percent of the surplus produced in Quebec for the relevant periods.

In the Court of Appeal of Quebec, Rousseau-Houle J.A., writing for a unanimous court (Fish and Chamberland JJ.A.), dismissed Mr. Pelland's appeal on the grounds that this Court's decision in the *Egg Reference* was determinative of the constitutional issue raised by the appellant: [2003] Q.J. No. 3331 (QL).

After leave was granted in October 2003, McLachlin C.J. stated the following constitutional questions:

1. Can *An Act respecting the marketing of agricultural, food and fish products*, R.S.Q., c. M-35.1, and the *Règlement sur la production et la mise en marché du poulet*, R.R.Q., c. M-35.1, r. 13.2, constitutionally apply *ex proprio vigore* to limit the production of chickens destined exclusively to the interprovincial market?

2. If not, do *An Act respecting the marketing of agricultural, food and fish products*, R.S.Q., c. M-35.1, and the *Règlement sur la production et la mise en marché du poulet*, R.R.Q., c. M-35.1, r. 13.2, nonetheless apply to limit the production of chickens destined exclusively to the interprovincial market by virtue of s. 22(3) of the *Farm Product Marketing Agencies Act*, R.S.C. 1985, c. F-4, and the *Canadian Chicken Marketing Agency Quota Grant of Administrative Authority*, P.C. 1991-1090?

In my view, the 1978 Federal-Provincial Agreement, like the scheme in the *Egg Reference*, both reflects and reifies Canadian federalism's constitutional creativity and cooperative flexibility. For the reasons that follow, and based largely on a generation of constitutional jurisprudence from this Court, I would dismiss the appeal.

La Fédération a également demandé une injonction interlocutoire.

Le juge Crôteau a accordé l'injonction : [2001] J.Q. nº 5828 (QL). Il a estimé que M. Pelland avait produit et vendu environ 29 fois plus que son contingent et que cet excédent représentait près de la moitié du surplus de production au Québec pour les périodes visées. 12

Au nom de la Cour d'appel du Québec à l'unanimité, la juge Rousseau-Houle (les juges Fish et Chamberland souscrivant à ses motifs) a débouté l'appelant au motif que l'arrêt rendu par la Cour dans le *Renvoi sur les œufs* a réglé la question constitutionnelle qu'il a soulevée : [2003] J.Q. nº 3331 (QL). 13

À la suite de l'autorisation du pourvoi en octobre 2003, la juge en chef McLachlin a formulé les questions constitutionnelles suivantes : 14

1. La *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche*, L.R.Q., ch. M-35.1, et le *Règlement sur la production et la mise en marché du poulet*, R.R.Q., ch. M-35.1, r. 13.2, s'appliquent-ils *ex proprio vigore*, d'une manière conforme à la Constitution, pour contingenter la production de poulets destinés en exclusivité au marché interprovincial?

2. Dans la négative, la *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche*, L.R.Q., ch. M-35.1, et le *Règlement sur la production et la mise en marché du poulet*, R.R.Q., ch. M-35.1, r. 13.2, s'appliquent-ils néanmoins pour contingenter la production de poulets destinés en exclusivité au marché interprovincial en raison du par. 22(3) de la *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme*, L.R.C. 1985, ch. F-4, et de la *Délégation de pouvoir par l'Office canadien de commercialisation des poulets en matière de contingentement*, C.P. 1991-1090?

Selon moi, l'Accord fédéral-provincial de 1978, tout comme le programme établi dans le *Renvoi sur les œufs*, reflète en les concrétisant la créativité constitutionnelle et la souplesse coopérative du fédéralisme canadien. En me fondant en grande partie sur une génération de jurisprudence constitutionnelle de la Cour, je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs qui suivent. 15

Analysis

A. *The Constitutional Validity of the Provincial Production and Marketing Legislation*

16 Mr. Pelland does not dispute that he grossly exceeded his allocated quota. Rather, he challenges the interlocutory injunction obtained by the Fédération on the grounds that the entirety of his produce is exported to Ontario and not marketed in the province of Quebec. He argues that the provincial marketing Act and regulations can only apply to the production of chickens destined for Quebec markets, not those intended exclusively for interprovincial markets.

17 Mr. Pelland does not base his argument on the pith and substance of the provincial marketing Act and the provincial chicken regulation; instead, he urges the Court to conclude that placing quota restrictions on products destined for export is not a provincial matter. He does not challenge the validity of the provincial scheme, but argues that it cannot apply to the production of chicken destined solely for interprovincial markets. The scheme he proposes as an alternative would be bifurcated: a federal quota for export production and a provincial one for intraprovincial trade.

18 Mr. Pelland relies on Laskin C.J.'s statement in the *Egg Reference* that the provincial law and regulations at issue there would not be valid if they occurred "with a view to limiting interprovincial or export trade" (p. 1287). However, this comment was made in the context of considering whether the law and regulations were in pith and substance a provincial matter. Ultimately, as explained later in these reasons, Laskin C.J. found that they were. This comment, therefore, does not support the proposition that provincial laws found valid under a pith and substance analysis are inapplicable to export trade.

Analyse

A. *La constitutionnalité de la législation provinciale en matière de production et de commercialisation*

M. Pelland admet qu'il a nettement dépassé son contingent. Il conteste cependant l'injonction interlocutoire obtenue par la Fédération au motif que la totalité de sa production est exportée en Ontario et ne fait pas l'objet d'une commercialisation au Québec. Il soutient que les dispositions législatives et réglementaires de la province en matière de commercialisation ne peuvent s'appliquer qu'à la production de poulets destinés aux marchés du Québec et non à la production de poulets réservés exclusivement aux marchés interprovinciaux.

M. Pelland ne fonde pas son argumentation sur le caractère véritable de la loi provinciale sur la commercialisation et du règlement provincial sur le poulet. Il exhorte plutôt la Cour à conclure que le contingentement de la production destinée à l'exportation ne relève pas de la compétence provinciale. Il ne conteste pas la validité du régime provincial, mais il soutient qu'il ne peut s'appliquer à la production de poulets destinés uniquement au marché interprovincial. Il propose à la place un régime à deux volets : un contingent fédéral pour la production à l'exportation et un contingent provincial pour le commerce intraprovincial.

M. Pelland se fonde sur les propos du juge en chef Laskin, dans le *Renvoi sur les œufs*, selon lesquels les dispositions législatives et réglementaires en cause dans cette affaire ne seraient pas valides si elles visaient à « limiter le commerce interprovincial ou d'exportation » (p. 1287). Cette remarque, toutefois, s'inscrivait dans l'examen de la question de savoir si les dispositions en cause étaient véritablement des questions de compétence provinciale. Comme il sera expliqué plus loin dans les présents motifs, le juge en chef Laskin a finalement conclu qu'elles l'étaient. La remarque de ce dernier ne saurait donc étayer la prétention que les dispositions provinciales jugées valides à l'issue de l'analyse de leur caractère véritable ne s'appliquent pas au commerce d'exportation.

Contrary to Mr. Pelland's submissions, in my view the pith and substance of the provincial marketing Act and the provincial chicken regulations are at the heart of this appeal. In order to determine whether the provincial component of the scheme is unconstitutional because it intrudes into a federal head of power, it is necessary first to determine its core character.

The requisite approach was recently discussed by LeBel J. in *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at paras. 53-54, a case involving provisions of the *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 187:

A pith and substance analysis looks at both (1) the purpose of the legislation as well as (2) its effect. First, to determine the purpose of the legislation, the Court may look at both intrinsic evidence, such as purpose clauses, or extrinsic evidence, such as Hansard or the minutes of parliamentary committees.

Second, in looking at the effect of the legislation, the Court may consider both its legal effect and its practical effect. In other words, the Court looks to see, first, what effect flows directly from the provisions of the statute itself; then, second, what "side" effects flow from the application of the statute which are not direct effects of the provisions of the statute itself: see *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 482-83. Iacobucci J. provided some examples of how this would work in *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, at para. 23:

> The effects of the legislation may also be relevant to the validity of the legislation in so far as they reveal its pith and substance. For example, in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, the Court struck down a municipal by-law that prohibited leafleting because it had been applied so as to suppress the religious views of Jehovah's Witnesses. Similarly, in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117, the Privy Council struck down a law imposing a tax on banks because the effects of the tax were so severe that the true purpose of the law could only be in relation to banking, not taxation. However, merely incidental

19 Contrairement à ce que prétend M. Pelland, j'estime que le caractère véritable de la loi provinciale sur la commercialisation et du règlement provincial sur le poulet se trouve au cœur du présent pourvoi. Pour déterminer si la composante provinciale du programme est inconstitutionnelle du fait qu'elle empiète sur un chef de compétence fédérale, il faut d'abord en établir le caractère fondamental.

20 Le juge LeBel a récemment examiné la méthode d'analyse à adopter, dans l'arrêt *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 53-54, lequel porte sur des dispositions de la *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 187 :

L'analyse du caractère véritable porte à la fois (1) sur l'objet de la législation et (2) sur ses effets. Premièrement, pour déterminer l'objet de la législation, la Cour peut examiner tant la preuve intrinsèque, telles les dispositions énonçant les objectifs généraux, que la preuve extrinsèque, tels le Hansard ou les comptes rendus des comités parlementaires.

Deuxièmement, dans son analyse de l'effet de la législation, la Cour peut examiner à la fois son effet juridique et son effet pratique. Autrement dit, elle examine tout d'abord les effets directs des dispositions de la loi elle-même, puis les effets « secondaires » de son application : voir *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 482-483. Le juge Iacobucci donne quelques exemples de cette démarche dans *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, par. 23 :

> Les effets de la mesure législative peuvent également être pertinents pour déterminer si elle est valide, dans la mesure où ils en révèlent le caractère véritable. Par exemple, dans l'arrêt *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, la Cour a invalidé un règlement municipal qui interdisait la distribution de tracts, pour le motif qu'il avait été appliqué de façon à supprimer les opinions religieuses des Témoins de Jéhovah. De même, dans *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117, le Conseil privé a invalidé une loi qui imposait une taxe aux banques, pour le motif que les effets de cette taxe étaient si graves que l'objet

effects will not disturb the constitutionality of an otherwise *intra vires* law. [Emphasis added.]

(See also P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at § 15.5(d))

21 The essential character of an analogous scheme was scrutinized in the *Egg Reference*. Under the scheme at issue in that case, the Canadian Egg Marketing Agency set overall quotas for each province. It was created as a result of an agreement between the federal Minister of Agriculture, the federal marketing agency, and their counterparts in all provinces. The goal was to establish a comprehensive national egg marketing scheme. The federal Agency was given authority to set overall provincial quotas and to impose levies or charges on the marketing of eggs by egg producers, to be collected on its behalf by the provincial egg marketing boards. In Ontario, the Ontario Farm Products Marketing Board was the provincial board setting individual egg production quotas for its producers based on the province's assigned quota. The Ontario legislation also prohibited egg production by anyone who did not have a quota.

22 In the *Egg Reference*, this Court confirmed that the regulation of agricultural production is essentially a local matter within provincial jurisdiction pursuant to s. 92(10) of the *Constitution Act, 1867*. The Court reached the following relevant conclusions: although constitutional jurisdiction over marketing is divided, agricultural production is *prima facie* a local matter under provincial jurisdiction; the provincial scheme was not aimed at controlling extraprovincial trade, but was deemed to be coordinated and integrated with the regulations established under federal authority; and, most pertinently, producers could not claim exemption from provincial control over production by electing to devote their entire output to extraprovincial trade.

véritable de la loi ne pouvait qu'être lié aux opérations bancaires et non à la taxation. Cependant, de simples effets accessoires ne rendent pas inconstitutionnelle une loi par ailleurs *intra vires*. [Je souligne.]

(Voir aussi P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, § 15.5(d))

Dans le *Renvoi sur les œufs*, la Cour a analysé le caractère fondamental d'un programme analogue, en vertu duquel l'Office canadien de commercialisation des œufs établissait des contingents globaux pour chaque province. Ce programme a été créé par suite d'un accord entre le ministre fédéral de l'Agriculture, l'office de commercialisation fédéral et leurs homologues provinciaux, dans le but d'instaurer un système national complet de commercialisation des œufs. L'office fédéral était habilité à établir des contingents globaux pour les provinces et à imposer aux producteurs d'œufs des redevances ou frais de commercialisation, qui étaient perçus pour son compte par les organismes de commercialisation provinciaux. En Ontario, c'était la Commission de commercialisation des produits agricoles de l'Ontario qui fixait les contingents individuels de production d'œufs applicables aux producteurs ontariens, en fonction du contingent attribué à la province. La loi ontarienne interdisait en outre à quiconque ne détenait pas de contingent de produire des œufs.

Dans le *Renvoi sur les œufs*, la Cour a confirmé que la réglementation de la production agricole était essentiellement une question de nature locale relevant de la compétence provinciale en vertu du par. 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle a formulé les conclusions pertinentes suivantes : la compétence constitutionnelle en matière de commercialisation est partagée, mais la production agricole constitue de prime abord une question locale, de compétence provinciale; le programme provincial ne visait pas le commerce extraprovincial mais était réputé être coordonné et intégré à la réglementation établie sous l'autorité fédérale. Sa conclusion la plus pertinente est que les producteurs ne peuvent prétendre échapper à l'autorité provinciale en destinant toute leur production au commerce extraprovincial.

Any effect of the provincial egg marketing and production scheme on extraprovincial trade was found to be incidental to the constitutionally permissible purpose of controlling agricultural production within the context of a cooperative federal-provincial agreement.

While disagreeing about the exact scope of the relevant provincial head of power, Pigeon J., for the five-person majority, and Laskin C.J., in a minority concurring opinion, agreed that the provincial component of this marketing scheme was constitutional because its purpose did not extend beyond production and trade within the province. They also both accepted that if the true purpose of the provincial legislation had been to regulate interprovincial and export trade, it would have been *ultra vires.*

Pigeon J. held that because agricultural production is *prima facie* within provincial jurisdiction, production quotas could be imposed by a province on all its producers, regardless of the ultimate destination of the goods produced. A producer could not evade a province's jurisdictional authority over production by producing goods destined for an export or extraprovincial market:

> No operator can claim exemption from provincial control by electing to devote his entire output to extraprovincial trade. I can find no basis for the view that there must be a division of authority at the stage of production between what will be going into intraprovincial and what will be going into extraprovincial trade. [Emphasis added; p. 1295.]

This is the conclusion Mr. Pelland seeks to set aside, primarily on the basis of Laskin C.J.'s minority opinion expressing the concern that if the focus of the provincial legislation had been the regulation of extraprovincial interests, it would have been beyond the province's jurisdiction. The possibility that specifically caused Laskin C.J. to articulate a caveat to Pigeon J.'s opinion was that of a province using its regulatory jurisdiction over production

Selon la Cour, les effets que le programme provincial de production et de commercialisation des œufs pouvait avoir sur le commerce extraprovincial n'avaient qu'un rapport secondaire avec l'objet général consistant à réglementer la production destinée à la commercialisation dans le contexte d'un accord de coopération fédéral-provincial. 23

Même s'ils ne s'entendaient pas sur l'étendue exacte du chef de compétence provinciale en cause, le juge Pigeon, pour les cinq juges majoritaires, et le juge en chef Laskin, dans une opinion concordante minoritaire, ont tous deux conclu à la constitutionnalité de la composante provinciale du programme de commercialisation, car son objet ne dépassait pas la production et le commerce intraprovinciaux. Ils ont aussi reconnu que, si l'objet véritable de la loi provinciale avait été de réglementer le commerce interprovincial ou l'exportation, la loi aurait été *ultra vires.* 24

Le juge Pigeon a statué que, la production agricole étant de prime abord de compétence provinciale, la province peut imposer des contingents de production sans égard à la destination finale des produits. Un producteur ne peut se soustraire à la compétence de la province en matière de production en destinant ses produits au marché international ou extraprovincial : 25

> Aucun exploitant ne peut prétendre échapper à l'autorité provinciale en destinant toute sa production au commerce extra-provincial. Je ne vois aucun fondement à l'opinion selon laquelle une répartition des pouvoirs de réglementation se ferait au stade de la production, entre ce qui est destiné au commerce intra-provincial et ce qui est destiné au commerce extra-provincial. [Je souligne; p. 1295.]

C'est cette conclusion que M. Pelland cherche à faire infirmer, en se fondant principalement sur l'opinion minoritaire du juge en chef Laskin voulant que, si la loi provinciale avait principalement visé la réglementation d'intérêts extraprovinciaux, elle aurait outrepassé la compétence de la province. C'est la possibilité qu'une province recoure à son pouvoir réglementaire en matière de production pour « étouffer » le commerce interprovincial à sa source même qui est à l'origine de la réserve qu'a 26

to "choke off" interprovincial trade at its very source:

> It is true that a Province cannot limit the export of goods from the Province, and any provincial marketing legislation must yield to this. How then, it may be asked, can it be allowed to accomplish this forbidden end by choking off interprovincial trade at its very source, at the point of production? [p. 1286]

27 Based on this analysis, Mr. Pelland submits that this Court ought to reconsider the constitutionality of a marketing scheme like the one he is regulated by, find the provincial component of the scheme to be unconstitutional, and confine the jurisdiction of provincial marketing boards to production for provincial marketing only.

28 It seems to me that the impugned legislation is constitutionally valid whether the majority or minority opinion in the *Egg Reference* is applied. Pigeon J. did not dispute that provincial legislation which is aimed at regulating extraprovincial trade is *ultra vires*. He held only that agricultural production is *prima facie* a provincial matter:

> In my view, the control of production, whether agricultural or industrial, is *prima facie* a local matter, a matter of provincial jurisdiction. [p. 1293]

He qualified this position, however, by stating:

> This does not mean that such power is unlimited, a province cannot control extraprovincial trade, as was held in the *Manitoba Egg Reference* [[1971] S.C.R. 689] and in the *Burns Foods* case [[1975] 1 S.C.R. 494]. However, "Marketing" does not include production and, therefore, provincial control of production is *prima facie* valid. In the instant case, the provincial regulation is not aimed at controlling the extraprovincial trade. In so far as it affects this trade, it is only complementary to the regulations established under federal authority. In my view this is perfectly legitimate, otherwise it would mean that our Constitution makes it impossible by federal-provincial cooperative action to arrive at any practical scheme for the orderly and efficient production and marketing of a commodity which all governments concerned agree requires

formulée le juge en chef Laskin à l'égard de l'opinion du juge Pigeon :

> Il est vrai qu'une province ne peut limiter l'exportation de marchandises hors de la province et toute législation provinciale de commercialisation doit se plier à cette exigence. Comment alors, peut-on se demander, pourrait-elle être autorisée à atteindre cet objectif défendu en étouffant le commerce interprovincial à sa source même, au point de production? [p. 1286]

M. Pelland se fonde sur ce raisonnement pour affirmer que la Cour doit réexaminer la constitutionnalité d'un programme de commercialisation comme celui qui le régit, conclure à l'inconstitutionnalité de la composante provinciale du programme et restreindre la compétence des organismes de commercialisation provinciaux à la seule production pour la commercialisation dans la province.

Selon moi, la loi attaquée est constitutionnelle, que l'on applique l'opinion de la majorité dans le *Renvoi sur les œufs* ou celle de la minorité. Le juge Pigeon ne disconvenait pas du caractère *ultra vires* d'une loi provinciale visant à réglementer le commerce extraprovincial. Il a simplement statué que la production agricole constitue de prime abord une question provinciale :

> À mon avis, le contrôle de la production, agricole ou industrielle, constitue de prime abord une question locale, de compétence provinciale. [p. 1293]

Il a toutefois assorti cette affirmation de la réserve suivante :

> Cela ne veut pas dire qu'il s'agi[sse] d'un pouvoir illimité car, comme on l'a déclaré dans le *Renvoi sur les œufs du Manitoba* [[1971] R.C.S. 689] et l'arrêt *Burns Foods* [[1975] 1 R.C.S. 494], une province ne peut réglementer le commerce extra-provincial. Mais la commercialisation ne comprend pas la production et, en conséquence, la réglementation provinciale de la production est de prime abord valide. En l'espèce, la réglementation provinciale ne vise pas le commerce extra-provincial. Dans la mesure où elle l'atteint, elle vient compléter la réglementation établie sous l'autorité fédérale. À mon avis, cela est parfaitement légitime. Le contraire signifierait que notre Constitution empêche toute entente fédérale-provinciale de coopération en vue d'établir un régime pratique de production et de commercialisation ordonnées et efficaces

regulation in both intraprovincial and extraprovincial trade. [Emphasis added; p. 1296.]

Laskin C.J. was in substantial agreement with this analysis:

The primary object is to regulate marketing in intraprovincial trade. Although it would not be a valid regulation of such marketing to impose quotas on production with a view to limiting interprovincial or export trade, I am not persuaded that I should give s. 21*a*, seen in the context of the *Ontario Farm Products Marketing Act* of which it is part, that construction. [Emphasis added; pp. 1286-87.]

With respect, I have difficulty seeing how Laskin C.J.'s reasons in the *Egg Reference* assist Mr. Pelland or yield a fertile basis for reconsidering the constitutionality of the provincial component of the scheme in this case. In a passage of equal applicability to the present case, Laskin C.J. wrote that:

It is clear that the intention was to mesh federal and provincial regulatory control so as to embrace both the producers who market their production in a particular Province and those who seek to export their production to another Province or beyond Canada. It was certainly open to the federal authorities to fix the respective provincial shares of Canadian egg production for the purpose of regulating the movement of eggs in interprovincial or export trade. The share so fixed for a particular Province would establish a limitation for that Province in respect of its own marketing policies. Hence, the fact that a Province has adopted the same share percentage does not *per se* rule out its connection with intraprovincial trade. The adoption provides no more than a reference point by which to measure the provincial approach to marketing quotas for producers in the Province. I do not think that the use of this reference point amounts to an invasion of federal authority in relation to interprovincial trade. Rather, and the terms of the challenged Regulation so indicate, it is enacted under a recognition of that authority and an appreciation of the control of that trade under federal legislation. In short, it envisages that there will be interprovincial and export marketing by producers in Ontario. [Emphasis added; pp. 1282-83.]

d'une denrée dont le commerce tant intra-provincial qu'extra-provincial a besoin d'être réglementé, comme en conviennent tous les gouvernements en cause. [Je souligne; p. 1296.]

Le juge en chef Laskin partageait pour l'essentiel ce point de vue :

Son objectif premier est de réglementer la mise en marché dans le commerce intra-provincial. Bien que l'imposition de contingents de production en vue de limiter le commerce interprovincial ou d'exportation ne soit pas une réglementation valide de cette commercialisation, je ne suis pas persuadé que je doive interpréter dans ce sens l'art. 21*a* si on le regarde dans le contexte de *The Farm Products Marketing Act* de l'Ontario dont il fait partie. [Je souligne; p. 1286-1287.]

29 En toute déférence, je vois mal comment les motifs du juge en chef Laskin dans le *Renvoi sur les œufs* peuvent être utiles à M. Pelland ou constituer un terreau fertile pour la remise en cause de la constitutionnalité de la composante provinciale du programme visé. Dans un passage de cette opinion tout aussi applicable en l'espèce, le Juge en chef a écrit :

Il est clair que l'intention est d'intégrer les réglementations fédérale et provinciale, de façon à atteindre à la fois les producteurs qui vendent leur production dans une province donnée et ceux qui veulent l'exporter vers une autre province ou à l'extérieur du Canada. Il est certainement loisible aux autorités fédérales de fixer les parts provinciales respectives de la production canadienne d'œufs dans le but de réglementer le mouvement des œufs dans le commerce interprovincial ou d'exportation. La part ainsi fixée pour une province donnée met une limite aux propres politiques de commercialisation de cette province. En conséquence, le fait qu'une province ait adopté le même pourcentage ne la fait pas automatiquement sortir du commerce intra-provincial. Cette adoption ne fournit qu'un point de repère dans la détermination de l'attitude provinciale à l'égard des contingents pour les producteurs provinciaux. Je ne pense pas que l'utilisation de ce point de repère équivaille à une incursion dans la compétence fédérale relative au commerce interprovincial. Elle constitue au contraire, et les termes du règlement attaqué le soulignent, une reconnaissance de cette compétence et une approbation du contrôle de ce commerce en vertu de la législation fédérale. En bref, elle tient compte du fait que certains producteurs de l'Ontario iront sur le marché interprovincial et d'exportation. [Je souligne; p. 1282-1283.]

30 As a substantive matter, neither judgment in the *Egg Reference* deviated from this Court's defining prior analysis in *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238. In *Carnation*, Martland J., writing for a unanimous Court, undertook a careful review of this Court's jurisprudence, including *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, and concluded that:

> The view of the four judges in the *Ontario Reference* was that the fact that a transaction took place wholly within a province did not necessarily mean that it was thereby subject solely to provincial control. The regulation of some such transactions relating to products destined for interprovincial trade could constitute a regulation of interprovincial trade and be beyond provincial control.
>
> While I agree with the view of the four judges in the *Ontario Reference* that a trade transaction, completed in a province, is not necessarily, by that fact alone, subject only to provincial control, I also hold the view that the fact that such a transaction incidentally has some effect upon a company engaged in interprovincial trade does not necessarily prevent its being subject to such control.
>
> I agree with the view of Abbott J., in the *Ontario Reference*, that each transaction and each regulation must be examined in relation to its own facts. . . . They did not purport directly to control or to restrict such trade. There was no evidence that, in fact, they did control or restrict it. The most that can be said of them is that they had some effect upon the cost of doing business in Quebec of a company engaged in interprovincial trade, and that, by itself, is not sufficient to make them invalid. [Emphasis added; pp. 253-54.]

31 This analysis underlies the concern expressed by Laskin C.J. in the *Egg Reference*, and it arises whenever there is overlapping jurisdiction. Laws enacted under the jurisdiction of one level of government often overflow into or have incidental impact on the jurisdiction of the other governmental level. That is why a reviewing court is required to focus on the core character of the impugned legislation, as this Court did in *Carnation*; *Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, [1971] S.C.R. 689; the *Egg Reference*; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R.

Sur le fond, aucune des deux opinions exprimées dans le *Renvoi sur les œufs* ne s'écarte du raisonnement déterminant formulé antérieurement par la Cour dans *Carnation Co. c. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] R.C.S. 238, dans lequel le juge Martland a minutieusement passé en revue la jurisprudence de la Cour, notamment *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, pour conclure, dans la décision unanime :

> [TRADUCTION] Selon les quatre juges dans le *Renvoi relatif à l'Ontario*, le fait qu'une opération ait entièrement lieu dans une province ne signifie pas nécessairement qu'elle soit de ce fait assujettie à l'autorité provinciale. La réglementation de certaines de ces opérations relatives à des produits destinés au commerce interprovincial peut constituer une réglementation du commerce interprovincial et, par conséquent, ne pas être du ressort de l'autorité provinciale.
>
> Je conviens avec les quatre juges dans le *Renvoi relatif à l'Ontario* qu'une opération commerciale exécutée dans une province n'est pas nécessairement, de ce seul fait, assujettie uniquement à l'autorité provinciale, mais, à mon avis, le fait qu'une telle opération touche incidemment une entreprise qui se livre au commerce interprovincial ne la soustrait pas nécessairement à cette réglementation.
>
> Je partage le point de vue du juge Abbott dans le *Renvoi relatif à l'Ontario* qu'il faut examiner chaque opération et chaque réglementation d'après les faits de l'espèce. [. . .] Elles ne visent pas directement à réglementer ou restreindre ces échanges. Rien ne permet de penser qu'en fait elles les réglementent ou les restreignent. Au plus, on peut dire qu'elles ont un certain effet sur les prix de revient au Québec d'une entreprise qui fait du commerce interprovincial, ce qui, en soi, ne suffit pas à les déclarer invalides. [Je souligne; p. 253-254.]

Cette analyse met en relief la préoccupation que le juge en chef Laskin a exprimée dans le *Renvoi sur les œufs* et qui survient chaque fois qu'il y a chevauchement de compétences. Des lois relevant de la compétence d'un ordre de gouvernement débordent souvent sur celle d'un autre ordre ou ont des répercussions indirectes sur elle. C'est pourquoi la cour de révision doit se concentrer sur le caractère fondamental de la loi en cause, comme ce fut le cas dans *Carnation*, dans *Procureur général du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, [1971] R.C.S. 689, dans le *Renvoi sur les œufs*, dans *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de*

545; and *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42.

Turning to an examination of the essence of the provincial component of the 1978 federal-provincial chicken marketing scheme, one observes at the outset that the scheme is functionally identical to Ontario's egg marketing and production legislation considered in the *Egg Reference*. Like that case, the parties agree that the provisions of the *Constitution Act, 1867* engaged by the federal-provincial chicken marketing scheme at issue here are s. 91(2), which confers jurisdiction over trade and commerce to the federal government, and s. 92(10), which gives provincial governments jurisdiction over local works and undertakings.

As previously indicated, once the national quota for chicken production is divided among the provinces, a producer must be allotted an individual production quota in order to produce chicken in the province. Chicken producers within each province receive only one individual marketing and production quota.

The provincial chicken regulation expresses quotas in square meters of barn space, clearly tying quotas to physical production within Quebec. The quota assigned to each producer in a province does not distinguish between what can be marketed within the province and what can be marketed extraprovincially; rather, the decision whether to market internally or externally is up to each producer once he or she obtains the proper licences (*Canadian Chicken Licensing Regulations*, SOR/81-517). Quebec's chicken producers are free to market their products intraprovincially, extraprovincially or in some combination of the two, so long as they do not exceed their individual quotas.

The only requirements imposed on provincial producers wishing to export their product are that they obtain a marketing and production quota from the Fédération and a licence from the federal body. A producer may not engage in the marketing of

la Saskatchewan, [1978] 2 R.C.S. 545, et dans *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42.

32 En examinant l'essence de la composante provinciale du programme fédéral-provincial de commercialisation du poulet de 1978, on constate d'emblée qu'elle est fonctionnellement identique aux dispositions législatives ontariennes relatives à la commercialisation et la production des œufs sur lesquelles portait le *Renvoi sur les œufs*. Comme dans cette affaire, les parties conviennent que le programme fédéral-provincial de commercialisation du poulet fait intervenir les par. 91(2) et 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le premier conférant compétence au gouvernement fédéral en matière d'échanges et de commerce et le second, aux gouvernements provinciaux en matière d'ouvrages et entreprises de nature locale.

33 Je le répète, après la répartition du contingent national de production de poulets entre les provinces, le producteur doit être titulaire d'un contingent individuel de production pour produire du poulet dans sa province. Dans chaque province, les producteurs ne reçoivent qu'un seul contingent individuel de commercialisation et de production.

34 Le règlement provincial établit les contingents en fonction de la superficie exploitée, liant manifestement le contingentement à la production physique au Québec. Ce contingent n'établit pas de distinction entre ce qui peut être mis en marché dans la province et ce qui peut l'être à l'extérieur; c'est à chaque producteur de décider du marché où écouler ses produits, après avoir obtenu les permis nécessaires (*Règlement sur l'octroi de permis visant les poulets du Canada*, DORS/81-517). Les producteurs de poulets du Québec sont libres de vendre leurs produits comme ils l'entendent, sur le marché intraprovincial ou extraprovincial, ou par une combinaison des deux, à condition de ne pas dépasser leur contingent individuel.

35 Les producteurs provinciaux désireux d'exporter leur produit doivent seulement obtenir un contingent de commercialisation et de production de la Fédération et un permis de l'office fédéral. Les producteurs ne peuvent, sans permis, se livrer à la

chicken in interprovincial or export trade without the appropriate licence. The licensing requirement, however, is not onerous. On receipt of a valid application, the federal body is required to issue a licence. For its part, the producer is required to abide by the applicable laws and to make regular reports detailing its extraprovincial sales. The amount of chicken that a producer may export is not specified on the licence and is, in theory, limited solely by the quota amount assigned by the Fédération.

36 It is important to stress that in examining the provincial laws at issue in the *Egg Reference*, both Laskin C.J. and Pigeon J. agreed that they were constitutional because they did not purport to, nor did they in fact, directly control or restrict export trade. The same is true of the provincial scheme in this case.

37 The core character of the provincial legislative component of the federal-provincial chicken marketing scheme is not to set quotas or fix prices for exported goods or to attempt to regulate interprovincial or export trade. As in the *Egg Reference*, its purpose is to establish rules that allow for the organization of the production and marketing of chicken within Quebec and to control chicken production to fulfill provincial commitments under a cooperative federal-provincial agreement. Any impact of this legislation on extraprovincial trade is incidental.

38 With respect, I see no principled basis for disentangling what has proven to be a successful federal-provincial merger. Because provincial governments lack jurisdiction over extraprovincial trade in agricultural products, Parliament authorized the creation of federal marketing boards and the delegation to provincial marketing boards of regulatory jurisdiction over interprovincial and export trade. Each level of government enacted laws and regulations, based on their respective legislative competencies, to create a unified and coherent regulatory scheme.

commercialisation interprovinciale ou internationale de poulets. Les conditions de délivrance de ce permis ne sont toutefois pas excessives. L'office fédéral est tenu de le délivrer lorsqu'il reçoit une demande valide. Les producteurs, quant à eux, doivent se conformer aux lois applicables et soumettre régulièrement des rapports au sujet de leurs ventes extraprovinciales. Aucune limite quantitative d'exportation n'est indiquée sur le permis et, théoriquement, la seule limite applicable est celle qui découle du contingent attribué par la Fédération.

Il importe de souligner qu'après examen des dispositions législatives provinciales en cause dans le *Renvoi sur les œufs*, le juge en chef Laskin et le juge Pigeon ont conclu à leur constitutionnalité, parce qu'elles ne visaient pas à régir ou restreindre directement l'exportation et qu'elles n'avaient pas non plus cet effet. Il en va de même pour le programme provincial en l'espèce.

La composante législative provinciale du programme fédéral-provincial de commercialisation du poulet n'a pas pour objet fondamental de fixer des contingents ou des prix à l'égard de produits d'exportation ou de régir le commerce interprovincial ou l'exportation. Comme dans le *Renvoi sur les œufs*, les dispositions législatives provinciales en l'espèce ont pour but d'établir des règles permettant d'organiser la production et la mise en marché du poulet au Québec et de contrôler la production de poulets afin d'assurer le respect des engagements provinciaux pris dans le cadre de l'accord de coopération fédéral-provincial. L'effet qu'elles peuvent avoir sur le commerce extraprovincial est accessoire.

En toute déférence, je ne vois aucun fondement rationnel pour démanteler un système fédéral-provincial intégré qui a fait ses preuves. Comme les provinces n'ont pas compétence en matière de commerce extraprovincial de produits agricoles, le Parlement a autorisé la création d'offices de commercialisation fédéraux et la délégation de pouvoirs réglementaires à des organismes de commercialisation provinciaux pour la commercialisation sur les marchés interprovincial et international. Les deux ordres de gouvernement légifèrent dans

The quota system is an attempt to maintain an equilibrium between supply and demand and attenuate the inherent instability of the markets. To achieve this balance, it cannot exempt producers who seek to avoid production control limits by devoting all or any of their production to extraprovincial trade.

leur champ de compétence respectif afin de créer un régime de réglementation unifié et cohérent. Le système de contingents vise à maintenir l'équilibre entre l'offre et la demande et à atténuer l'instabilité intrinsèque des marchés. Il ne peut, dans la poursuite de cet objectif, soustraire à son application les producteurs qui cherchent à échapper aux limites de production en destinant la totalité ou une partie de leur production au commerce extraprovincial.

Mr. Pelland also suggested that the Court consider the analysis in *Central Canada Potash* as offering analagous guidance. With respect, however, that case is not applicable. It turned on "the true nature and character" of the operative provincial scheme (p. 75). In *Central Canada Potash*, in fact, Laskin C.J. affirmed the decision of this Court in the *Egg Reference*. At issue was the constitutional validity of provincial regulations in Saskatchewan whereby each producer's share of potash production was allocated based solely on production capacity. It was common ground that at the time the regulations were made, almost all Saskatchewan-produced potash was sold in interprovincial and export trade. The case was decided before s. 92A was added to the *Constitution Act, 1867*, enlarging provincial powers over nonrenewable natural resources.

39 M. Pelland nous invite aussi à nous inspirer de l'analyse de la Cour dans *Central Canada Potash*, mais j'estime en toute déférence que cet arrêt ne s'applique pas en l'espèce. Il porte sur « la nature et [le] caractère véritables » du programme en cause (p. 75). En fait, le juge en chef Laskin y confirme la décision rendue dans le *Renvoi sur les œufs*. Le litige portait sur la constitutionnalité du règlement provincial de la Saskatchewan qui fixait le quota de production de potasse de chaque producteur uniquement en fonction de la capacité de production. Il était notoire, au moment de la prise du règlement, que la potasse produite en Saskatchewan était presque toute destinée aux marchés interprovincial et international. Il importe de signaler que cet arrêt a été rendu avant l'ajout de l'art. 92A à la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel étendait les pouvoirs provinciaux aux ressources naturelles non renouvelables.

Laskin C.J. found that the purpose of the regulations was to regulate the marketing of potash through the fixing of a minimum selling price applicable to the permitted production quota. The only market for which the scheme had any significance was the export market. Citing the *Egg Reference*, he held that while it is true that production controls and conservation measures with respect to natural resources in a province are ordinarily matters within provincial authority, the situation may be different where a province establishes a marketing scheme with price fixing as its central feature. He found Saskatchewan's legislation to be *ultra vires* because it took direct aim at the production of potash destined for export and had the intended effect of regulating the export price.

40 Le juge en chef Laskin a conclu que le règlement visait à régir la commercialisation de la potasse par la fixation d'un prix de vente minimum applicable au quota de production permise. Ce programme n'avait d'effet que sur le marché international. Citant le *Renvoi sur les œufs*, le Juge en chef a indiqué que, si les mesures de contrôle et de conservation des ressources naturelles relèvent habituellement de la compétence provinciale, il peut en être autrement lorsque la province établit un programme de commercialisation dont la caractéristique principale est la fixation des prix. Il a conclu que la loi provinciale était *ultra vires* parce qu'elle visait directement la production de la potasse destinée à l'exportation et qu'elle avait pour but de réglementer le prix à l'exportation.

41 In Mr. Pelland's case, however, quotas are not being imposed on production with a view to limiting interprovincial trade, the hypothetical situation left open by Laskin C.J.'s minority judgment in the *Egg Reference*. Unlike *Central Canada Potash*, where the provincial scheme took direct aim at production destined for export, or the *Manitoba Egg and Poultry* case in which the provincial scheme was designed to restrict or limit the free flow of trade between provinces, the cooperative scheme at issue in this case is designed, like the scheme in the *Egg Reference*, to integrate federal and provincial marketing and production programmes.

42 At best, Mr. Pelland might argue that his production was effectively "choked off" by the reduction of his quota to zero through the penalty provisions of the provincial legislation. It is true that in his case the penalty provisions had this effect. But since the purpose of the provincial legislation is not to strangle export production, and since Mr. Pelland had been entitled, if he so chose, to export his entire quota of chickens, he cannot argue that the limits on his production and marketing contradict the purpose of the provincial legislation.

43 Mr. Pelland had his quota reduced not to control what he exported to extraprovincial markets, but in proportionate and formulaic response to his overproduction, regardless of the intended market. An individual producer like Mr. Pelland receives a single production quota, regardless of marketing destination. The fact that his quota was reduced to zero had nothing to do with a provincial attempt to regulate interprovincial or export trade, and everything to do with a flagrant disregard for his production quota.

44 Accordingly, the answer to the first constitutional question is affirmative, namely, the provincial legislation is constitutional and can operate to limit the production of chickens destined exclusively for the interprovincial market.

En l'espèce, toutefois, le contingentement de la production ne vise pas à restreindre le commerce interprovincial, ce qui était la situation hypothétique à laquelle le juge Laskin faisait allusion dans l'opinion minoritaire exposée dans le *Renvoi sur les œufs*. Contrairement au programme provincial en cause dans l'affaire *Central Canada Potash*, qui visait directement la production destinée à l'exportation, ou dans l'affaire *Manitoba Egg and Poultry*, qui limitait la liberté des échanges entre provinces, le présent programme de coopération, comme celui dont il était question dans le *Renvoi sur les œufs*, est conçu de façon à réaliser l'intégration des programmes de commercialisation et de production fédéral et provinciaux.

Tout au plus, M. Pelland pourrait-il soutenir que la réduction de son contingent à zéro en application de la sanction prévue par la loi provinciale « étouffe » effectivement sa production. Il est vrai que, dans son cas, les dispositions pénales de la loi ont eu cet effet. Mais comme la loi provinciale n'a pas pour objet d'étrangler la production à l'exportation et que M. Pelland était autorisé à exporter la totalité de son contingent s'il le voulait, il ne peut prétendre que les limites imposées à sa production et à sa mise en marché vont à l'encontre de l'objet de la loi provinciale.

La réduction du contingent de M. Pelland ne visait pas à régir ce qu'il destinait aux marchés extraprovinciaux; c'était une mesure prise selon une formule mathématique et de façon proportionnelle en réponse à sa surproduction, quel que soit le marché visé. Un producteur individuel comme M. Pelland reçoit un seul contingent sans égard à la destination des produits. Le fait que son contingent soit réduit à zéro n'avait rien à voir avec une tentative de la part de la province de réglementer le commerce interprovincial ou l'exportation; c'était seulement une sanction qui lui était infligée pour n'avoir manifestement pas respecté le contingent qui lui avait été attribué.

Par conséquent, la réponse à la première question constitutionnelle est affirmative, c'est-à-dire que la loi provinciale est constitutionnelle et peut avoir pour effet de limiter la production de poulets destinés exclusivement au marché interprovincial.

B. *Administrative Delegation and Referential Incorporation*

Mr. Pelland's alternative argument is that the Grant of Authority in this case was constitutionally improper.

In *British Columbia (Milk Board) v. Grisnich*, [1995] 2 S.C.R. 895, the Court held that a provincial administrative body does not need to specify on the face of a decision the exact source of the authority to make it. So long as a provincial marketing board is properly endowed with both federal and provincial powers, the court will not look behind any given decision.

If, however, there is a deficiency in the federal-provincial scheme, the court may scrutinize the impugned decision of the provincial board to determine the authority under which it was made. The question then becomes whether the decision is constitutionally sustainable given the legislative or administrative defect.

I see no such defect in this case. The federal body, through the Grant of Authority, properly delegated its regulatory power over interprovincial and export trade to the Fédération.

Mr. Pelland concedes that a provincial marketing board may impose quota restrictions on products destined for export if there is a proper federal delegation of authority. It is his position, however, that the federal body, the CFC, failed to properly delegate its regulatory authority to the Fédération. He cites as the dispositive irregularity the referential incorporation by the federal body of provincial rules under s. 4 of the Grant of Authority which provides that, in allotting and administering federal quotas, a provincial board shall, in accordance with the federal regulations, apply such rules as are in force from time to time in the province in relation to the allotment and administration of provincial quotas.

He contends that only Parliament can referentially incorporate the legislation of a province and

B. *Délégation administrative et incorporation par renvoi*

45 M. Pelland invoque subsidiairement l'inconstitutionnalité de la Délégation de pouvoir visée en l'espèce.

46 Dans *Colombie-Britannique (Milk Board) c. Grisnich*, [1995] 2 R.C.S. 895, la Cour a statué qu'un organisme administratif provincial n'a pas à préciser dans sa décision la source ou la disposition exacte d'où il tire sa compétence. Dans la mesure ou l'organisme provincial de commercialisation est régulièrement investi à la fois de pouvoirs fédéraux et de pouvoirs provinciaux, un tribunal ne cherchera pas à déterminer les sources constitutionnelles d'une décision donnée.

47 Toutefois, si un programme fédéral-provincial présente des irrégularités, un tribunal peut examiner la décision contestée de l'organisme provincial afin d'établir en vertu de quel pouvoir elle a été prise. Il s'agit alors de déterminer si le vice législatif ou administratif porte atteinte à la constitutionnalité de la décision.

48 Je ne vois aucune irrégularité de la sorte en l'espèce. L'office fédéral, par le biais de la Délégation de pouvoir, a correctement délégué à la Fédération son pouvoir de réglementer le commerce extraprovincial et l'exportation.

49 M. Pelland concède qu'un organisme provincial peut contingenter la production destinée à l'exportation s'il jouit d'une délégation de pouvoir valide, mais il prétend que l'office fédéral, les PPC, n'a pas validement délégué son pouvoir réglementaire à la Fédération. Selon lui, l'irrégularité provient de ce que l'office fédéral a incorporé par renvoi des règles provinciales en vertu de l'art. 4 de la Délégation de pouvoir, lequel article prévoit que, dans l'attribution et l'administration des contingents fédéraux, l'organisme provincial doit, conformément au règlement fédéral, appliquer les règles en vigueur dans la province relativement à l'attribution et à l'administration des contingents provinciaux.

50 L'appelant soutient que seul le Parlement peut incorporer par renvoi des dispositions législatives

that Parliament must do so expressly. Unless so authorized, a federal regulatory body may not referentially incorporate provincial laws when delegating its powers to a provincial marketing board. Since s. 22(3) of the *Farm Products Agencies Act* does not expressly provide for referential incorporation, Mr. Pelland maintains that it was not open to the federal body to referentially incorporate provincial laws under s. 4 of the Grant of Authority. Section 22(3) states:

> An agency may, with the approval of the Governor in Council, grant authority to any body, authorized under the law of a province to exercise powers of regulation in relation to the marketing locally within the province of any regulated product in relation to which the agency may exercise its powers, to perform on behalf of the agency any function relating to interprovincial or export trade in the regulated product that the agency is authorized to perform.

51 Both the intent and wording of this provision are satisfied by the Grant of Authority: it was approved by the Governor in Council; the Fédération is a "body, authorized under the law of a province to exercise powers of regulation in relation to the marketing locally within the province of any regulated product"; s. 3 of the Grant virtually mirrors the language of the statute granting authority to the Fédération; and s. 4 of the Grant fulfills the obligations of the federal body under s. 9 of the *Chicken Farmers of Canada Proclamation*, SOR/79-158, to "prescribe the function that is to be performed on behalf of [Chicken Farmers of Canada]" by the Fédération and other provincial boards.

52 Moreover, a venerable chain of judicial precedent chokes off Mr. Pelland's argument. In *P.E.I. Potato Marketing Board v. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 S.C.R. 392, this Court affirmed the constitutionality of an administrative inter-delegation from Parliament to a provincial administrative body. Parliament, it held, has the authority to enable a provincial body to exercise, with respect to a matter of federal jurisdiction, the same powers as it exercises within provincial jurisdiction. It is the validity of precisely such a

provinciales et qu'il doit le faire expressément. Un organisme fédéral de réglementation, lorsqu'il délègue ses pouvoirs à un organisme de commercialisation provincial, ne peut incorporer par renvoi des dispositions législatives provinciales à moins d'y être habilité. Selon M. Pelland, comme le par. 22(3) de la *Loi sur les offices des produits agricoles* ne prévoit pas expressément l'incorporation par renvoi, il n'était pas loisible à l'office fédéral d'incorporer par renvoi des règles provinciales en vertu de l'art. 4 de la Délégation de pouvoir. Voici le texte du par. 22(3) :

> L'office peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, autoriser un organisme, habilité par la législation d'une province à exercer des pouvoirs réglementaires en ce qui concerne la commercialisation locale dans la province d'un produit réglementé pour lequel il est compétent, à remplir, en son nom, toute fonction qui lui est attribuée en matière de commerce interprovincial ou d'exportation de ce produit.

La Délégation de pouvoir satisfait tant à la lettre qu'à l'esprit de cette disposition : elle a été approuvée par le gouverneur en conseil, la Fédération est un « organisme, habilité par la législation d'une province à exercer des pouvoirs réglementaires en ce qui concerne la commercialisation locale dans la province d'un produit réglementé », l'art. 3 de la Délégation reprend essentiellement le libellé de la disposition législative conférant le pouvoir à la Fédération et son art. 4 satisfait à l'obligation imposée à l'office fédéral par l'art. 9 de la *Proclamation visant Les producteurs de poulet du Canada*, DORS/79-158, de « prescri[re] [. . .] la fonction qui doit être exercée en leur nom [Les Producteurs de poulet du Canada] » par la Fédération et d'autres organismes provinciaux.

De plus, une série de précédents dignes de respect détruit l'argument de M. Pelland. Dans *P.E.I. Potato Marketing Board c. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 R.C.S. 392, la Cour a confirmé la constitutionnalité d'une délégation administrative du Parlement à un organisme administratif provincial. Elle a statué que le Parlement a le pouvoir d'habiliter un organisme provincial à exercer, à l'égard d'une question de compétence fédérale, les pouvoirs dont il est investi dans un domaine de compétence provinciale. C'est

delegation which was reaffirmed in the *Egg Reference*. While provinces cannot use their jurisdiction over local matters to regulate extraprovincial commerce, they may nonetheless use their provincial powers to complement federal regulation in the area. As previously noted, it was explicitly stated in the *Egg Reference* that no producer can claim an exemption from provincial control by electing to devote the bulk of his or her production to extraprovincial trade.

In *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569, this Court held that Parliament may, acting within its legislative competence, incorporate provincial legislation by reference. Writing for the majority in a case concerning a federal referential incorporation of a provincial law dealing with motor vehicle transport, Cartwright J. held: "In my opinion there is here no delegation of law-making power, but rather the adoption by Parliament, in the exercise of its exclusive power, of the legislation of another body as it may from time to time exist" (p. 575). Referential incorporation is thus designated to be a useful technique when there is overlapping constitutional jurisdiction and it is necessary to dovetail federal and provincial legislation.

In *Coughlin*, both administrative inter-delegation and referential incorporation were deemed constitutional because neither violated the constitutional bar on legislative inter-delegation. The prohibition against legislative inter-delegation was set out by this Court in *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31, where it held that one legislative body cannot enlarge the powers of another by authorizing the latter to enact laws which would have no significance or validity independent of the delegation.

Applying the principles governing administrative delegation to the chicken marketing scheme, the federal body, the CFC, was free to referentially incorporate provincial legislation under the Grant of Authority. The Grant of Authority falls squarely

précisément la validité d'une telle délégation qui a été confirmée dans le *Renvoi sur les œufs*. Certes, les provinces ne peuvent recourir à leur compétence à l'égard de questions de nature locale pour réglementer le commerce extraprovincial, mais, dans l'exercice de leurs pouvoirs, elles peuvent compléter la réglementation fédérale. Comme on l'a vu, il est mentionné explicitement dans le *Renvoi sur les œufs* qu'aucun producteur ne peut prétendre échapper au contrôle provincial en destinant le gros de sa production au commerce extraprovincial.

53 Dans *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569, la Cour a conclu que le Parlement peut, dans l'exercice de sa compétence législative, incorporer par renvoi des dispositions législatives provinciales. Dans cette affaire sur l'incorporation par renvoi de dispositions législatives provinciales relatives au transport routier, le juge Cartwright a écrit, au nom de la majorité : [TRADUCTION] « À mon avis, il ne s'agit pas ici d'une délégation du pouvoir de légiférer, mais plutôt de l'adoption par le Parlement, dans l'exercice de son pouvoir exclusif, de la législation d'un autre corps législatif telle qu'elle peut exister de temps à autre » (p. 575). L'incorporation par renvoi est donc considérée comme une technique utile lorsqu'il y a chevauchement de compétences constitutionnelles et qu'il est nécessaire d'harmoniser les lois fédérales et provinciales.

54 Dans *Coughlin*, la Cour a conclu que la délégation administrative et l'incorporation par renvoi sont réputées constitutionnelles parce qu'elles ne contreviennent pas à l'interdiction de la délégation législative. Cette interdiction qui a été formulée dans *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31, où la Cour a statué qu'un corps législatif ne peut accroître les pouvoirs d'un autre en l'autorisant à édicter des lois qui, si ce n'était de la délégation, n'auraient aucune portée ou validité.

55 Si l'on applique les principes régissant la délégation administrative au programme de commercialisation du poulet, il était loisible à l'office fédéral — les PPC — d'incorporer par renvoi la législation provinciale en vertu de la Délégation de pouvoir.

within a well-established body of precedent upholding the validity of administrative delegation in aid of cooperative federalism, such as *P.E.I. Potato Marketing Board, Coughlin*, the *Egg Reference* and *Peralta v. Ontario*, [1988] 2 S.C.R. 1045.

56 The Grant of Authority must be construed in the context of other elements of the regulatory scheme. Section 6(1) of the *Chicken Farmers of Canada Proclamation* states that the CFC shall establish a quota system whereby quotas are allotted to producers in each province by the appropriate provincial board. Both ss. 3 and 4 of the Grant of Authority clearly indicate that the powers delegated to the Fédération are to be exercised subject to the federal regulations, which themselves impose a number of substantive constraints on the delegated power. They provide, for example, that a provincial producer marketing chickens in interprovincial trade must have been allotted a federal quota by the provincial board. The federal regulations also provide that the number of kilograms marketed must be equal to or less than the federal quota and that the producer must comply with the rules that the Fédération is authorized to exercise in the name of the CFC.

57 When the federal legislation, regulations and the Grant of Authority are considered together, it is clear that Parliament intended at all times to retain its administrative control over the Fédération through the CFC. There is no indication that the Grant of Authority attempted to expand provincial legislative authority. The CFC can take back the powers it delegated at any time. The federal chicken regulations in no way altered the nature of the delegation of authority from the CFC to the Fédération, and there was no impermissible legislative delegation by the Grant of Authority.

58 It is interesting to note that the argument raised by Mr. Pelland was also raised in the *Egg Reference*, where it was argued that only Parliament could incorporate provincial legislation by reference. For the Governor in Council to do so, would be unconstitutional. Laskin C.J. discussed administrative

Cette délégation est incontestablement de celles qu'un ensemble bien établi de précédents, comme *P.E.I. Potato Marketing Board, Coughlin*, le *Renvoi sur les œufs* et *Peralta c. Ontario*, [1988] 2 R.C.S. 1045, a déclarées valides comme délégation administrative favorisant le fédéralisme coopératif.

La Délégation de pouvoir doit s'interpréter dans le contexte des autres éléments du système de réglementation. Le paragraphe 6(1) de la *Proclamation visant Les Producteurs de poulet du Canada* énonce que les PPC doivent établir un mécanisme de contingentement par lequel l'organisme provincial compétent attribue des contingents aux producteurs de chaque province. Les articles 3 et 4 de la Délégation de pouvoir indiquent clairement que les pouvoirs délégués à la Fédération doivent être exercés conformément au règlement fédéral, lequel assujettit lui-même le pouvoir délégué à des contraintes de fond, prévoyant notamment que le producteur provincial qui commercialise ses poulets sur le marché interprovincial doit avoir reçu de l'organisme provincial un contingent fédéral, que le nombre de kilogrammes mis en marché doit être égal ou inférieur au contingent fédéral et que le producteur doit se conformer aux règles que la Fédération est autorisée à appliquer au nom des PPC.

Lorsqu'on examine ensemble les dispositions législatives et réglementaires fédérales ainsi que la Délégation de pouvoir, il est clair que le Parlement a toujours eu l'intention de conserver son contrôle administratif sur la Fédération, par l'intermédiaire des PPC. Rien n'indique que la Délégation de pouvoir visait à étendre les pouvoirs législatifs provinciaux. Les PPC peuvent, à tout moment, reprendre les pouvoirs qu'ils ont délégués. Le règlement fédéral sur les poulets n'a aucunement modifié la nature de la délégation de pouvoir des PPC à la Fédération, et le texte de cette délégation ne comportait aucune délégation interdite de pouvoirs législatifs.

Fait intéressant, l'argument invoqué par M. Pelland avait également été soulevé dans le *Renvoi sur les œufs*. En effet, on avait soutenu que seul le Parlement pouvait incorporer par renvoi des dispositions législatives provinciales. Il serait inconstitutionnel pour le gouverneur en conseil de le faire. Le

delegation and referential incorporation at some length, concluding, in a passage concurred in by Pigeon J., that:

> Involved in the appellants' submissions, as reflected in their factum and in oral argument, was the contention that there is a constitutional requirement in the delegation of authority that standards be fixed by Parliament or where, as here, there is delegation in depth, that is by orders which the Governor-in-Council is authorized to make, the orders of the Governor-in-Council should establish standards and not, by wholesale redelegation, leave their determination to the provincial boards nor, as s. 2(1) provides, adopt the various provincial standards for federal purposes. I do not think this Court would be warranted in imposing such a constitutional limitation on the delegation of authority. The matter of delegation in depth is covered by the judgment of this Court in *Reference re Regulations (Chemicals) under the War Measures Act* [[1943] S.C.R. 1], and I would not limit its rationale to emergency legislation. There is sufficient control on an administrative law basis through the principle enunciated and applied by this Court in [*Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario*, [1973] S.C.R. 131] (which arises for consideration under question 2) and I find no ground for raising it to a constitutional imperative. [Emphasis added; pp. 1225-26.]

The analysis remains apposite: there is no basis in the present appeal for elevating the claim that only Parliament can referentially incorporate provincial legislation to the level of a constitutional principle.

As envisaged by the 1978 Federal-Provincial Agreement, Parliament intended that federal and provincial legislation create an interlocking scheme for the effective regulation of chicken production and marketing. It was clearly intended that the "federal quota" and the "provincial quota", as defined in the federal chicken regulations, be integrated. Parliament could not have intended that the federal body establish 10 different sets of quota administration rules subject to modification whenever provincial quota administration rules were modified. And it is clear from s. 22(3) of the *Farm Products Agencies Act* that Parliament intended that the CFC enact regulations which would promote the integrity of the federal-provincial scheme.

juge en chef Laskin, après avoir examiné assez longuement la délégation administrative et l'incorporation par renvoi, a formulé la conclusion suivante à laquelle a souscrit le juge Pigeon :

> Parmi les prétentions des appelants, que reflètent leur factum et leur plaidoirie orale, se trouve l'allégation selon laquelle le droit constitutionnel exige que, lors d'une délégation de pouvoirs, des normes soient fixées par le Parlement ou que, lorsqu'il s'agit d'une délégation en profondeur, comme c'est le cas ici, c'est-à-dire au moyen de décrets que le gouverneur général est autorisé à passer, ces décrets établissent des normes et n'en abandonnent pas la détermination, par une redélégation globale, aux offices provinciaux ni adoptent, comme le prévoit le par. 2(1), les diverses normes provinciales à des fins fédérales. Je ne crois pas que cette Cour soit justifiée d'imposer de telles limites constitutionnelles aux délégations de pouvoirs. La question des délégations en profondeur a fait l'objet de l'arrêt rendu par cette Cour dans le *Renvoi sur les règlements (produits chimiques) en vertu de la Loi des mesures de guerre* [[1943] R.C.S. 1], et je n'en limiterai pas la portée à la législation en cas d'urgence. Le principe exprimé et appliqué par cette Cour dans l'arrêt [*Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario*, [1973] R.C.S. 131] (étudié plus loin à propos de la question 2) assure un contrôle suffisant sur le terrain du droit administratif et je ne vois pas de raison pour l'ériger en impératif constitutionnel. [Je souligne; p. 1226.]

59 Cette analyse conserve sa pertinence. Rien en l'espèce ne permet d'ériger en principe constitutionnel la prétention que seul le Parlement peut incorporer par renvoi des dispositions législatives provinciales.

60 Comme le prévoyait l'Accord fédéral-provincial de 1978, le Parlement a voulu que soit créé par l'imbrication de dispositions législatives fédérales et provinciales un programme efficace de réglementation de la production et de la commercialisation du poulet. L'intégration du « contingent fédéral » et du « contingent provincial », définis dans le Règlement fédéral, était clairement voulue. Le Parlement n'a pu avoir l'intention que l'office fédéral établisse 10 séries différentes de règles d'administration de contingents qu'il faudrait modifier chaque fois que les règles provinciales en la matière sont modifiées. De plus, il ressort clairement du par. 22(3) de la *Loi sur les offices des produits agricoles* que le Parlement voulait que les

The federal and provincial schemes were intended to dovetail.

61 In order to give effect to this legislative intent with respect to the allocation and administration of quotas, the federal body could either have re-enacted the relevant provincial legislation in each jurisdiction as its own, or incorporated it by reference. That it chose to do so by referential incorporation does not render the choice vulnerable to constitutional censure.

62 Mr. Pelland, during oral argument, abandoned his final submission that the Grant of Authority was invalid because it was not properly published in the *Canada Gazette*.

63 I would dismiss the appeal with costs to Fédération des producteurs de volailles du Québec. No other party requested costs.

APPENDIX A

Relevant Federal Laws and Regulations

Farm Products Agencies Act, R.S.C. 1985, c. F-4

16. (1) The Governor in Council may, by proclamation, establish an agency with powers relating to any farm product or farm products the marketing of which in interprovincial and export trade is not regulated pursuant to the *Canadian Wheat Board Act* or the *Canadian Dairy Commission Act* where the Governor in Council is satisfied that a majority of the producers of the farm product or of each of the farm products in Canada is in favour of the establishment of an agency.

21. The objects of an agency are

(*a*) to promote a strong, efficient and competitive production and marketing industry for the regulated product or products in relation to which it may exercise its powers; and

(*b*) to have due regard to the interests of producers and consumers of the regulated product or products.

PPC puissent, par règlement, promouvoir l'intégrité du programme fédéral-provincial. L'intention du Parlement était d'avoir des systèmes fédéral et provinciaux harmonisés.

Pour donner effet à cette intention du législateur relativement à l'attribution et à l'administration des contingents, l'office fédéral pouvait soit réédicter lui-même la législation provinciale applicable dans chaque province ou l'incorporer par renvoi. Il a choisi la seconde solution, et ce choix ne prête pas le flanc à la censure constitutionnelle.

Durant les plaidoiries, M. Pelland a abandonné son dernier argument, à savoir que la Délégation de pouvoir était invalide parce qu'elle n'avait pas été publiée régulièrement dans la *Gazette du Canada*.

Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens en faveur de la Fédération des producteurs de volailles du Québec. Aucune autre partie n'a demandé les dépens.

ANNEXE A

Dispositions législatives et réglementaires fédérales pertinentes

Loi sur les offices des produits agricoles, L.R.C. 1985, ch. F-4

16. (1) Le gouverneur en conseil peut, par proclamation, créer un office compétent pour des produits agricoles dont la commercialisation sur les marchés interprovincial et d'exportation n'est pas réglementée par la *Loi sur la Commission canadienne du blé* ou la *Loi sur la Commission canadienne du lait*, lorsqu'il est convaincu que la majorité des producteurs, au Canada, des produits en question est en faveur d'une telle mesure.

21. Un office a pour mission :

a) de promouvoir la production et la commercialisation du ou des produits réglementés pour lesquels il est compétent, de façon à en accroître l'efficacité et la compétitivité;

b) de veiller aux intérêts tant des producteurs que des consommateurs du ou des produits réglementés.

22. (1) Subject to the proclamation by which it is established and to any subsequent proclamation altering its powers, an agency may

. . .

(*b*) implement a marketing plan the terms of which are set out in the proclamation establishing it or in any subsequent proclamation issued under subsection 17(2) in respect of it;

. . .

(*f*) where it is empowered to implement a marketing plan, make such orders and regulations as it considers necessary in connection therewith, but all such orders and regulations shall, in the case of orders and regulations that are of a class to which paragraph 7(1)(*d*) is made applicable, be submitted to the Council before the making thereof, and in any other case, be submitted to the Council either before or after the making thereof . . .

. . .

(*n*) do all such other things as are necessary or incidental to the exercise of any of its powers or the carrying out of any of its functions under this Act.

(2) An agency may perform on behalf of a province any function relating to intraprovincial trade in any regulated product in relation to which it may exercise its powers that is specified in an agreement entered into pursuant to section 31.

(3) An agency may, with the approval of the Governor in Council, grant authority to any body, authorized under the law of a province to exercise powers of regulation in relation to the marketing locally within the province of any regulated product in relation to which the agency may exercise its powers, to perform on behalf of the agency any function relating to interprovincial or export trade in the regulated product that the agency is authorized to perform.

Canadian Chicken Marketing Quota Regulations, 1990, SOR/90-556

2. In these Regulations,

. . .

22. (1) Sous réserve de la proclamation le créant et de toute proclamation ultérieure modifiant ses pouvoirs, l'office peut :

. . .

b) exécuter le plan de commercialisation dont les modalités sont énoncées dans la proclamation le créant ou dans toute proclamation ultérieure prise en application du paragraphe 17(2);

. . .

f) prendre les ordonnances et règlements qu'il considère nécessaires à l'exécution du plan de commercialisation qu'il est habilité à mettre en œuvre, après les avoir soumis au Conseil, lorsqu'ils relèvent d'une catégorie à laquelle l'alinéa 7(1)*d*) est applicable, ou, dans tout autre cas, soit après soit avant leur présentation au Conseil . . .;

. . .

n) prendre toute autre mesure qu'il estime utile pour la réalisation de sa mission dans le cadre de la présente loi.

(2) L'office peut, au nom d'une province, exercer, en matière de commerce intraprovincial d'un produit réglementé pour lequel il est compétent, toute fonction spécifiée dans un accord conclu en application de l'article 31.

(3) L'office peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, autoriser un organisme, habilité par la législation d'une province à exercer des pouvoirs réglementaires en ce qui concerne la commercialisation locale dans la province d'un produit réglementé pour lequel il est compétent, à remplir, en son nom, toute fonction qui lui est attribuée en matière de commerce interprovincial ou d'exportation de ce produit.

Règlement canadien sur le contingentement de la commercialisation des poulets (1990), DORS/90-556

2. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement.

. . .

"Agency" means the Canadian Chicken Marketing Agency;

. . .

"Commodity Board" means, in respect of the Province of

. . .

(*b*) Quebec, the Fédération des producteurs de volailles du Québec,

. . .

"federal quota" means the number of kilograms of chicken, expressed in live weight, that a producer is entitled, pursuant to these Regulations, to market in interprovincial and export trade during the year referred to in Schedule I or the period referred to in Schedule II;

. . .

"producer" means a person who raises chicken for processing or for sale to the public;

"provincial quota" means the number of kilograms of chicken, expressed in live weight, that a producer is entitled, pursuant to orders, regulations or policy directives made by the appropriate Commodity Board, to market in intraprovincial trade during the year referred to in Schedule I or the period referred to in Schedule II.

« contingent fédéral » Le nombre de kilogrammes de poulet, exprimé en poids vif, qu'un producteur est autorisé, aux termes du présent règlement, à commercialiser sur les marchés interprovincial et international pendant l'année visée à l'annexe I ou la période visée à l'annexe II.

« contingent provincial » Le nombre de kilogrammes de poulet, exprimé en poids vif, qu'un producteur est autorisé, par ordonnance, règlement ou directive de l'office de commercialisation compétent, à commercialiser sur le marché intraprovincial pendant l'année visée à l'annexe I ou la période visée à l'annexe II.

. . .

« Office » L'Office canadien de commercialisation des poulets.

« office de commercialisation »

. . .

b) la Fédération des producteurs de volailles du Québec, au Québec;

. . .

« producteur » Toute personne qui élève des poulets pour la transformation ou pour la vente au public.

3. (1) Subject to subsection (2), these Regulations apply to the marketing of chicken in interprovincial and export trade.

(2) These Regulations do not apply to the marketing of chicken under quota exemptions granted by a Commodity Board.

4. No producer shall market chicken in interprovincial or export trade

(*a*) unless a federal quota has been allotted to the producer, on behalf of the Agency, by the Commodity Board of the province in which the producer's chicken production facilities are located;

(*b*) in excess of the federal quota referred to in paragraph (*a*); or

3. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le présent règlement s'applique à la commercialisation du poulet sur les marchés interprovincial et international.

(2) Le présent règlement ne s'applique pas à l'égard du poulet commercialisé en vertu d'une exemption de contingent accordée par un office de commercialisation.

4. Il est interdit à tout producteur de commercialiser le poulet sur les marchés interprovincial ou international, à moins :

a) qu'un contingent fédéral ne lui ait été attribué, au nom de l'Office, par l'office de commercialisation de la province dans laquelle sont situées ses installations de production de poulet;

b) que le nombre de kilogrammes de poulet commercialisés ne soit inférieur ou égal au contingent fédéral visé à l'alinéa *a*);

(*c*) contrary to any rule of the Commodity Board referred to in paragraph (*a*) that the Commodity Board has been authorized by the Agency, pursuant to subsection 22(3) of the Act, to apply in performing on behalf of the Agency the function of allotting and administering federal quotas.

5. (1) Subject to subsections (2) and (3), a producer is not entitled to be allotted a federal quotas [*sic*] unless, on August 25, 1990, the producer was entitled to a federal quota pursuant to the *Canadian Chicken Marketing Quota Regulations*.

. . .

(3) On or after August 26, 1990, a producer is entitled to be allotted a federal quota if, pursuant to the rules of the Commodity Board of the province in which the producer's chicken production facilities are located, the producer is allotted a provincial quota.

6. The quantity of chicken that a producer is authorized to market from a province under a federal quota for the year referred to in Schedule I or the period referred to in Schedule II shall equal the provincial quota allotted to the producer for that year or period by the Commodity Board of the province minus the quantity of chicken marketed by that producer in intraprovincial trade in that province during that year or period.

7. The Commodity Board of a province shall allot federal quotas to producers in the province in such manner that the aggregate number of kilograms of chicken produced in the province and

(*a*) authorized to be marketed by producers in interprovincial or export trade under federal quotas allotted on behalf of the Agency by the Commodity Board of the province,

(*b*) authorized to be marketed by producers in intraprovincial trade under provincial quotas allotted by the Commodity Board of the province, and

c) qu'il ne se conforme aux règles que l'office de commercialisation visé à l'alinéa *a*) est autorisé, en vertu du paragraphe 22(3) de la Loi, à appliquer dans l'exercice, au nom de l'Office, de la fonction d'attribuer et d'administrer les contingents fédéraux.

5. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), le producteur n'est admissible à un contingent fédéral que s'il était, le 25 août 1990, admissible à un contingent fédéral conformément au *Règlement canadien sur le contingentement de la commercialisation des poulets*.

. . .

(3) À compter du 26 août 1990, tout producteur est admissible à un contingent fédéral, si un contingent provincial lui est attribué en vertu des règles appliquées par l'office de commercialisation de la province dans laquelle sont situées ses installations de production de poulet.

6. Le nombre de kilogrammes de poulet en provenance d'une province qu'un producteur est autorisé à commercialiser en vertu d'un contingent fédéral pour l'année visée à l'annexe I ou la période visée à l'annexe II correspond au contingent provincial que l'office de commercialisation de la province en cause lui a attribué pour cette année ou cette période, duquel a été soustrait le nombre de kilogrammes de poulet qu'il commercialise au cours de la même période sur le marché intraprovincial.

7. L'office de commercialisation d'une province doit attribuer les contingents fédéraux aux producteurs de cette province de façon que le nombre total de kilogrammes de poulet visé aux alinéas *a*) à *c*) n'excède pas le nombre de kilogrammes de poulet précisé aux annexes I ou II pour l'année ou la période en cause :

a) le nombre de kilogrammes de poulet produit dans la province qui est autorisé à être commercialisé sur les marchés interprovincial ou international en vertu des contingents fédéraux attribués au nom de l'Office par l'office de commercialisation de la province;

b) le nombre de kilogrammes de poulet produit dans la province qui est autorisé à être commercialisé sur le marché intraprovincial en vertu des contingents provinciaux attribués par l'office de commercialisation de la province;

(*c*) anticipated to be marketed by producers under quota exemptions granted by the Commodity Board of the province,

during the year referred to in Schedule I or the period referred to in the Schedule II will not exceed the number of kilograms of chicken set out in respect of that province for that year or period.

Canadian Chicken Marketing Agency Quota Grant of Administrative Authority, P.C. 1991-1090, June 13, 1991

2. In this Grant of Authority,

"Agency" means the Canadian Chicken Marketing Agency;

. . .

"Commodity Board" means, in respect of the Province of

. . .

(b) Quebec, the Fédération des producteurs de volailles du Québec,

. . .

"federal quota" means the number of kilograms of chicken, expressed in live weight, that a producer is entitled, pursuant to these Regulations, to market in interprovincial and export trade during the year referred to in Schedule I to the Regulations or the period referred to in Schedule II to the Regulations;

. . .

"producer" means a person who raises chicken for processing, for sale to the public or for use in products manufactured by the producer;

"provincial quota" means the number of kilograms of chicken, expressed in live weight, that a producer is entitled, pursuant to orders, regulations or policy directives made by the appropriate Commodity Board, to market in intraprovincial trade during the year referred to in Schedule I to the Regulations or the period referred to in Schedule II to the Regulations;

"Regulations" means the *Canadian Chicken Marketing Quota Regulations, 1990.*

c) le nombre de kilogrammes de poulet produit dans la province dont la commercialisation est prévue, selon les exemptions de contingent accordées par l'office de commercialisation de la province.

Délégation de pouvoir par l'Office canadien de commercialisation des poulets en matière de contingentement, C.P. 1991-1090, 13 juin 1991

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente délégation.

. . .

« contingent fédéral » Le nombre de kilogrammes de poulet, exprimé en poids vif, qu'un producteur est autorisé, aux termes du Règlement, à commercialiser sur les marchés interprovincial et international pendant l'année visée à l'annexe I du Règlement ou la période visée à l'annexe II de celui-ci.

« contingent provincial » Le nombre de kilogrammes de poulet, exprimé en poids vif, qu'un producteur est autorisé, par ordonnance, règlement ou directive de l'office de commercialisation compétent, à commercialiser sur le marché intraprovincial pendant l'année visée à l'annexe I du Règlement ou la période visée à l'annexe II de celui-ci.

« Office » L'Office canadien de commercialisation des poulets.

« office de commercialisation »

. . .

b) la Fédération des producteurs de volailles du Québec, au Québec;

. . .

« producteur » Toute personne qui élève du poulet pour la transformation, la vente au public ou l'utilisation dans les produits qu'elle manufacture.

« Règlement » Le *Règlement canadien sur le contingentement de la commercialisation des poulets (1990).*

3. Subject to section 4, the Agency hereby grants to the Commodity Board of each province authority to perform on behalf of the Agency the function of allotting and administering, in accordance with the Regulations, federal quotas in the province and, for the purpose of performing that function, to exercise on behalf of the Agency all and any powers that the agency would be entitled to exercise in the performance thereof.

4. In performing the function of allotting and administering federal quotas pursuant to this Grant of Authority, a Commodity Board of a province shall, in accordance with the Regulations, apply in relation to the matters listed below such rules, if any, as are in force from time to time in the province in relation to the allotment and administration of provincial quotas:

(a) entitlement to a quota;

(b) the basis on which the amount of a quota is determined;

(c) an increase or decrease in a quota or an allotment of an additional quota;

(d) the allotment of quotas to producers who have or have not previously been allotted a quota;

(e) the period of time for which a quota is valid;

(f) maximum and minimum quota size;

(g) the determination of who is a producer including the producer's affiliates, partners, associates and subsidiaries;

(h) cancellation, suspension or variation of quotas for breach of the rules relation to quotas or for non-payment of levies imposed by the Commodity Board or the Agency;

(i) reduction or loss of a quota for failure to utilize the quota;

(j) ownership, leasing and transfer of quotas;

(k) quota banks;

(l) the definition of chicken production facilities and the application and relationship of the definition to quotas;

(m) utilization of quotas;

(n) marketing arrangements with processors; and

3. Sous réserve de l'article 4, l'Office autorise l'office de commercialisation de chaque province à remplir, en son nom, la fonction d'attribuer et d'administrer, conformément au Règlement, les contingents fédéraux dans la province en cause et, à cette fin, à exercer en son nom les pouvoirs qu'il serait autorisé à exercer à cet égard.

4. Dans le cadre de l'attribution et de l'administration des contingents fédéraux aux termes de la présente délégation, l'office de commercialisation d'une province doit, conformément au Règlement, appliquer à l'égard des points suivants les règles qui sont, le cas échéant, en vigueur dans la province en cause et applicables à l'attribution et à l'administration des contingents provinciaux :

a) l'admissibilité au contingent;

b) les critères de fixation du contingent;

c) l'augmentation ou la réduction du contingent ou l'attribution d'un contingent additionnel;

d) l'attribution d'un contingent à un producteur, que celui-ci ait fait l'objet ou non d'une attribution préalable;

e) la durée de validité du contingent;

f) la quantité maximale ou minimale de kilogrammes de poulet d'un contingent;

g) la détermination de qui a qualité de producteur, y compris les associés, les entreprises affiliées et liées et les filiales de celui-ci;

h) l'annulation, la suspension ou la modification du contingent par suite d'une infraction aux règles visant les contingents ou du non-paiement des redevances imposées par l'office de commercialisation ou par l'Office;

i) la réduction ou la perte du contingent du fait de la non-utilisation de celui-ci;

j) la propriété, la location et le transfert du contingent;

k) les réserves de contingents;

l) la définition de l'expression « installation de production de poulet », ainsi que son application aux contingents et son lien avec ceux-ci;

m) l'utilisation des contingents;

n) les modalités de commercialisation avec les abattoirs;

(o) information and reports to be submitted by producers.

APPENDIX B

Relevant Provincial Laws and Regulations

An Act respecting the marketing of agricultural, food and fish products, R.S.Q., c. M-35.1

1. This Act establishes rules to allow orderly organization of the production and marketing of agricultural and food products and the marketing of fish products and of wild fur, whether or not such activities are carried on for purposes of sale.

45. Ten or more interested producers may transmit to the Régie a draft joint plan permitting the establishment of conditions for the production and marketing of an agricultural product originating from a designated territory or intended for a specified purpose or a particular buyer, and the constitution of a producer marketing board to administer the plan.

64. The producer marketing board is established upon the coming into force of a plan; it is responsible for administering the plan and may exercise every power conferred by this Title, subject to any restriction or condition set out in the plan or determined by the Régie.

93. A marketing board may, by by-law, fix production and marketing quotas for the product marketed under the plan it administers and, for that purpose, subject production and marketing to the conditions, restrictions and prohibitions it determines.

Without restricting the scope of the first paragraph, a board may, by by-law,

. . .

(2) require that every producer be the holder of an individual quota allocated by the board and authorizing him to produce or market the product marketed under the plan it administers, fix the minimum and maximum quotas the producer may hold, individually or in association with other persons, and determine the proportion of the quota each producer must produce himself within his operation;

(3) determine the conditions governing the allocation, maintenance or renewal of an individual quota, and the manner in which it is issued;

o) les renseignements et rapports exigés du producteur.

ANNEXE B

Dispositions législatives et réglementaires provinciales pertinentes

Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche, L.R.Q., ch. M-35.1

1. La présente loi établit des règles permettant d'organiser de façon ordonnée la production et la mise en marché des produits agricoles et alimentaires et la mise en marché des produits de la pêche et de la fourrure des animaux sauvages, que ces opérations soient faites à des fins de vente ou non.

45. Dix producteurs intéressés ou plus peuvent transmettre à la Régie un projet de plan conjoint permettant d'établir les conditions de production et de mise en marché d'un produit agricole provenant d'un territoire désigné ou destiné à une fin spécifiée ou à un acheteur déterminé et de constituer un office de producteurs pour l'application de ce plan.

64. L'office est constitué dès l'entrée en vigueur d'un plan; il est chargé de son application et peut exercer tous les pouvoirs attribués par le présent titre, à l'exception des restrictions ou modalités d'exercice prévues au plan ou déterminées par la Régie.

93. Un office peut, par règlement, contingenter la production et la mise en marché du produit visé par le plan qu'il applique et, à cette fin, les assujettir aux conditions, restrictions et prohibitions qu'il détermine.

Sans restreindre la portée du premier alinéa, un office peut, par règlement :

. . .

2° exiger que chaque producteur soit titulaire d'un contingent individuel délivré par l'office pour produire ou mettre en marché le produit visé par le plan qu'il applique, fixer le contingent minimum et le contingent maximum dont il peut, lui-même ou en association avec d'autres personnes, être titulaire et déterminer la proportion de ce contingent que chaque producteur doit produire lui-même dans son exploitation;

3° déterminer les conditions d'émission, de maintien ou de renouvellement et les modalités de délivrance d'un contingent individuel;

(4) establish equivalences based on the area under cultivation or operation or the number of animals reared or marketed, for the purpose of fixing the quota of a producer;

(5) determine the manner and conditions applicable to the temporary or permanent reduction of the quota of a producer who produces or markets a larger or smaller quantity of the product marketed under the plan than is permitted by his quota;

(6) impose on any producer who contravenes a by-law made under this section, a penalty based on the volume or value of the product marketed or the area under cultivation or operation, and prescribe the use of this penalty for particular purposes;

. . .

94. Where a marketing board makes a by-law under section 93, no person may produce or market the product concerned unless he holds a quota, except in the circumstances and on the conditions determined in the by-law.

Règlement sur la production et la mise en marché du poulet, R.R.Q., c. M-35.1, r. 13.2

[TRANSLATION]

1. Any person who produces and markets chicken covered by the Plan conjoint des producteurs de volailles du Québec (R.R.Q., c. M-35, r. 126) shall first be the holder of a quota granted by the Fédération des producteurs de volailles du Québec in accordance with this regulation.

"Quota" (*quota*) means an authorization to produce expressed in square metres that is confirmed by a certificate.

53. In every period, every producer shall breed a number of chickens sufficient to meet his individual quota (*contingent individuel*) and shall market the quantity in kilograms provided for in his individual quota.

54. A producer's individual quota (*contingent individuel*) represents the maximum quantity of chicken, expressed in kilograms of body weight, that he may produce and market in the course of a period based on his quota (*quota*) and the percentage of use determined by the Fédération.

90. Any producer who, after the application of section 71, produces or markets chicken in a quantity exceeding his individual quota in a given period shall, during the

4° établir des équivalences basées sur la superficie cultivée ou exploitée ou le nombre d'animaux élevés ou mis en marché pour déterminer le contingent d'un producteur;

5° déterminer les modalités et les conditions de réduction temporaire ou définitive du contingent d'un producteur qui produit ou met en marché une quantité du produit visé par le plan supérieure ou inférieure à celle permise par son contingent;

6° imposer à tout producteur qui contrevient à un règlement pris en vertu du présent article une pénalité basée sur le volume ou la valeur du produit mis en marché ou la superficie cultivée ou exploitée et prévoir l'utilisation de cette pénalité à des fins particulières;

. . .

94. Quand un office prend un règlement conformément à l'article 93, nul ne peut produire ou mettre en marché le produit visé sans détenir de contingent sauf dans les situations et aux conditions prévues par ce règlement.

Règlement sur la production et la mise en marché du poulet, R.R.Q., ch. M-35.1, r. 13.2

1. Toute personne qui produit et met en marché du poulet visé par le Plan conjoint des producteurs de volailles du Québec (R.R.Q., c. M-35, r. 126) doit préalablement être titulaire d'un quota attribué par la Fédération des producteurs de volailles du Québec conformément aux dispositions du présent règlement.

On entend par « quota », une autorisation de production exprimée en mètres carrés et confirmée par un certificat.

53. À chaque période, chaque producteur doit mettre en élevage un nombre suffisant de poulets pour produire son contingent individuel et mettre en marché la quantité de kilogrammes déterminée à son contingent individuel.

54. Le contingent individuel d'un producteur représente la quantité maximum de poulets, exprimée en kilogrammes de poids vif, qu'il peut produire et mettre en marché au cours d'une période en fonction de son quota et du pourcentage d'utilisation déterminé par la Fédération.

90. Tout producteur qui, après application de l'article 71, produit ou met en marché des poulets en quantités supérieures à son contingent individuel dans une période

sixth period following the one in which his overproduction occurred, reduce his production and marketing by a quantity equivalent to his overproduction.

92. Any producer who produces and markets chicken in a quantity exceeding his individual quota as adjusted in accordance with the provisions of Chapter IV shall, in addition to complying with the reduction imposed pursuant to section 90, pay to the Fédération:

(1) $0.35 per kilogram of chicken in body weight for any production up to 3% of his individual quota; and

(2) $0.55 per kilogram of chicken in body weight for any portion of his production exceeding 3% of his individual quota.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Louis H. Lacroix, Berthierville, Quebec.

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

Solicitors for the respondent Fédération des producteurs de volailles du Québec: Tremblay, Brosseau, Fleury, Savoie, Montréal.

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

Solicitors for the intervener the Chicken Farmers of Canada: Johnston & Buchan, Ottawa.

déterminée doit réduire sa production et ses mises en marché d'une quantité équivalente à sa surproduction durant la sixième période suivant celle où il a surproduit.

92. Tout producteur qui produit et met en marché des poulets en quantité supérieure à son contingent individuel tel qu'ajusté selon les dispositions du chapitre IV doit, en plus de subir la réduction imposée en vertu de l'article 90, verser à la Fédération :

1° 0,35 $ par kilogramme de poulet en poids vif sur toute production effectuée jusqu'à 3 % de son contingent individuel;

2° 0,55 $ par kilogramme de poulet en poids vif sur toute la production excédant 3 % de son contingent individuel.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelant : Louis H. Lacroix, Berthierville, Québec.

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

Procureurs de l'intimée la Fédération des producteurs de volailles du Québec : Tremblay, Brosseau, Fleury, Savoie, Montréal.

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

Procureurs de l'intervenant les Producteurs de poulet du Canada : Johnston & Buchan, Ottawa.

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Donald Gladstone and William Gladstone *Respondents*

INDEXED AS: GLADSTONE *v.* CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2005 SCC 21.

File No.: 30137.

2005: February 9; 2005: April 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Fisheries — Return of things not forfeited — Payment of interest — Return of proceeds from sale of fish seized pursuant to Fisheries Act after proceedings stayed — Proceeds returned without interest — Whether Crown owed interest on proceeds held pending outcome of litigation — Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14, s. 73.1.

In 1988, the Department of Fisheries and Oceans lawfully seized and sold herring spawn on kelp which the respondents had harvested allegedly in violation of the *Fisheries Act*. The Crown held the proceeds pending the outcome of litigation. The respondents, who were aboriginal, were convicted of offences under the Act but this Court subsequently ordered a new trial. In 1996, the Crown stayed the proceedings and paid the net proceeds to the respondents. The British Columbia Supreme Court dismissed the respondents' claim that the Crown must also pay interest or some other additional amount. The Court of Appeal reversed the decision, holding that in this case the Crown owed a fiduciary duty as an "administrator" to pay interest on the money.

Held: The appeal should be allowed.

The Crown did not owe interest or any other additional amount. The *Fisheries Act* constitutes a complete code dealing with the disposition and return of seized property, and this code imposes no obligation on the

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Donald Gladstone et William Gladstone *Intimés*

RÉPERTORIÉ : GLADSTONE *c.* CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2005 CSC 21.

N° du greffe : 30137.

2005 : 9 février; 2005 : 21 avril.

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

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

Pêche — Restitution d'objets saisis mais non confisqués — Paiement d'intérêts — Restitution du produit de la vente de poisson saisi conformément à la Loi sur les pêches, une fois les procédures arrêtées — Produit de la vente restitué sans intérêts — La Couronne devait-elle des intérêts sur le produit de la vente retenu en attendant l'issue du litige? — Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14, art. 73.1.

En 1988, le ministère des Pêches et des Océans a légalement saisi puis vendu de la rogue de hareng sur varech que les intimés auraient récoltée en contravention de la *Loi sur les pêches*. La Couronne avait retenu le produit de la vente en attendant l'issue du litige. Les intimés, qui étaient autochtones, ont été reconnus coupables d'infractions à la Loi, mais notre Cour a, par la suite, ordonné la tenue d'un nouveau procès. En 1996, la Couronne a arrêté les procédures et versé le produit net de la vente aux intimés. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande des intimés qui prétendaient que la Couronne devait également payer des intérêts ou quelque autre montant additionnel. La Cour d'appel a infirmé cette décision en statuant qu'en l'espèce la Couronne avait, en tant qu'« administratrice », l'obligation fiduciaire de payer des intérêts sur le montant en question.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La Couronne ne devait ni intérêts ni quelque autre montant additionnel. La *Loi sur les pêches* est un code exhaustif qui traite de l'aliénation et de la restitution des biens saisis, et qui n'impose à la Couronne aucune

Crown to pay interest or any other amount in addition to what is set out in s. 73.1. [1] [12]

Even if the proceeds of sale were "special purpose" funds under the *Financial Administration Act*, the Crown still had the discretion to allow interest under that Act and did not do so. [15]

A claim based on unjust enrichment is not available in this case because the *Fisheries Act* provides a juristic reason for any incidental enrichment which may have occurred in its operation. [22]

Nor did the Crown owe the respondents a fiduciary duty in this case. The issue, as framed by the parties, did not raise the matter of aboriginal status. Even if it had, the situation in this case did not give rise to a fiduciary relationship. No source imposed an obligation on the Crown to act for the respondents' benefit. [23] [27]

Finally, the Crown did not hold the proceeds as a trustee. The statutory scheme created by the *Fisheries Act* dispels any suggestion that the Act intended to create a trust relationship through its operation. [28]

Cases Cited

Applied: *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25; **considered:** *Zaidan Group Ltd. v. London (City)*, [1991] 3 S.C.R. 593, aff'g (1990), 64 D.L.R. (4th) 514; **distinguished:** *Manitoba v. Air Canada* (1978), 86 D.L.R. (3d) 631, aff'd [1980] 2 S.C.R. 303; *Authorson v. Canada (Attorney General)* (2002), 58 O.R. (3d) 417, rev'd on other grounds, [2003] 2 S.C.R. 40, 2003 SCC 39; **referred to:** *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Mack v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574.

Statutes and Regulations Cited

Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11, ss. 2 "public money" (*d*), 21(2).
Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 58(1)(*b*), (3), (4).

obligation de payer des intérêts ou quelque autre montant en sus de ce qui est prévu à l'art. 73.1. [1] [12]

Même si le produit de la vente constituait un fonds reçu « à une fin particulière » au sens de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, la Couronne conservait le pouvoir discrétionnaire de payer ou de ne pas payer des intérêts, et elle ne l'a pas fait. [15]

Dans la présente affaire, l'enrichissement sans cause ne saurait être invoqué du fait que la *Loi sur les pêches* constitue un motif juridique justifiant tout enrichissement accessoire qui peut s'être produit dans le cadre de son application. [22]

De même, en l'espèce, la Couronne n'avait aucune obligation fiduciaire envers les intimés. Le statut d'autochtone des intimés n'était pas évoqué dans la question formulée par les parties. Même s'il avait été évoqué, la situation en l'espèce ne donnait pas naissance à une obligation fiduciaire. Aucune source n'obligeait la Couronne à agir au profit des intimés. [23] [27]

Enfin, la Couronne ne détenait pas le produit de la vente en tant que fiduciaire. Le régime législatif établi par la *Loi sur les pêches* élimine toute idée que, dans son application, la Loi était censée créer des rapports fiduciaires. [28]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, 2004 CSC 25; **arrêt examiné :** *Zaidan Group Ltd. c. London (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 593, conf. (1990), 64 D.L.R. (4th) 514; **distinction d'avec les arrêts :** *Manitoba c. Air Canada* (1978), 86 D.L.R. (3d) 631, conf. par [1980] 2 R.C.S. 303; *Authorson c. Canada (Attorney General)* (2002), 58 O.R. (3d) 417, inf. pour d'autres motifs, [2003] 2 R.C.S. 40, 2003 CSC 39; **arrêts mentionnés :** *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Mack c. Canada (Procureur général)* (2002), 60 O.R. (3d) 756; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574.

Lois et règlements cités

Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 2 « fonds publics » *d*), 21(2).
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 58(1)*b*), (3), (4).

Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14 [am. 1991, c. 1], ss. 70(3), 71(1), (2), (3), 71.1(2), 73.1, 73.2, 79.4(1), (3).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Prowse, Huddart and Low JJ.A.) (2003), 21 B.C.L.R. (4th) 247, 189 B.C.A.C. 129, 233 D.L.R. (4th) 629, [2004] 3 W.W.R. 424, [2003] B.C.J. No. 2600 (QL), 2003 BCCA 614, reversing a judgment of Taylor J., [2002] B.C.J. No. 2360 (QL), 2002 BCSC 1447. Appeal allowed.

S. David Frankel, Q.C., and *Brian A. McLaughlin*, for the appellant.

Marvin R. V. Storrow, Q.C., and *Peter L. Rubin*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — The issue in this appeal, on an agreed statement of facts, is whether the appellant Crown in Right of Canada owes interest, or some other amount, to the respondents on the basis that funds belonging to the respondents were held by the Crown during a period of litigation as the result of a legal seizure. I conclude that the Crown does not owe interest, or any other additional amount in this case. The appeal is allowed without costs.

I. Facts

On April 28, 1988, the respondents, Donald and William Gladstone, were arrested for attempting to sell 4,200 lbs. of herring spawn on kelp ("spawn") in violation of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14. On June 9, 1988, the Department of Fisheries and Oceans, having lawfully seized the spawn, sold it pursuant to s. 58(3) of the *Fisheries Act* for the net sum of $137,079.50. This was deposited to the credit of the Receiver General of Canada at the Bank of Canada pursuant to s. 58(4) of the *Fisheries Act* and became part of the Consolidated Revenue Fund.

The respondents were convicted. However, a new trial was ordered by this Court: *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723. On December 13, 1996, the

Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14 [mod. 1991, ch. 1], art. 70(3), 71(1), (2), (3), 71.1(2), 73.1, 73.2, 79.4(1), (3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Prowse, Huddart et Low) (2003), 21 B.C.L.R. (4th) 247, 189 B.C.A.C. 129, 233 D.L.R. (4th) 629, [2004] 3 W.W.R. 424, [2003] B.C.J. No. 2600 (QL), 2003 BCCA 614, infirmant un jugement du juge Taylor, [2002] B.C.J. No. 2360 (QL), 2002 BCSC 1447. Pourvoi accueilli.

S. David Frankel, c.r., et *Brian A. McLaughlin*, pour l'appelant.

Marvin R. V. Storrow, c.r., et *Peter L. Rubin*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — D'après l'exposé conjoint des faits qui nous a été soumis en l'espèce, la question est de savoir si l'appelante la Couronne du chef du Canada doit aux intimés des intérêts ou quelque autre montant additionnel sur les fonds leur appartenant qu'elle a détenus pendant la durée du litige ayant suivi une saisie légale. Je conclus que la Couronne ne doit ni intérêts ni quelque autre montant additionnel dans la présente affaire. Le pourvoi est accueilli sans dépens. 1

I. Faits

Le 28 avril 1988, les intimés Donald et William Gladstone ont été arrêtés pour avoir tenté de vendre 4 200 livres de rogue de hareng sur varech (« rogue ») en contravention de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14. Le 9 juin 1988, après avoir légalement saisi la rogue, le ministère des Pêches et des Océans l'a vendue conformément au par. 58(3) de la *Loi sur les pêcheries*, pour la somme nette de 137 079,50 $. Cette somme, portée au crédit du receveur général du Canada à la Banque du Canada conformément au par. 58(4) de la *Loi sur les pêcheries*, a été versée au Trésor. 2

Les intimés ont été déclarés coupables. Notre Cour a cependant ordonné la tenue d'un nouveau procès : *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723. Le 3

Crown decided against a new trial and stayed proceedings. On December 19, 1996, the net proceeds of $137,079.50 were paid to the respondents but the appellant refused to pay interest, or any other additional amount.

4 The respondents do not dispute the lawfulness of the seizure or the sale but submit that interest or some other additional amount is payable to them on the basis that the Crown had the use of the proceeds during the time of seizure. The parties have agreed that the amount in question is $132,000.

II. Judicial History

5 There was divided success in the British Columbia courts. The trial judge dismissed the claim holding that the *Fisheries Act* is a complete code dealing with the disposition and return of seized property. The seizure was lawful and the money was properly returned as soon as was required. See [2002] B.C.J. No. 2360 (QL), 2002 BCSC 1447. The Court of Appeal reversed this decision holding that in these circumstances the Crown owed a fiduciary duty as an "administrator" to pay interest on the money. According to the Court of Appeal, the seizure and sale was effectively a "loan" upon which interest must be paid. The aboriginal status of the claimants was irrelevant. See (2003), 21 B.C.L.R. (4th) 247, 2003 BCCA 614.

III. Relevant Statutory Provisions

6 The relevant provisions of the 1970 *Fisheries Act* were re-enacted as part of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14. The parties referred to the 1970 Act as governing the seizure and sale, and the 1985 Act for subsequent events. They agree that any amendments do not affect the issues on appeal. The fish were seized pursuant to s. 58(1)(*b*) and sold pursuant to s. 58(3) of the 1970 Act. At issue here is s. 73.1 of the 1985 Act, which governs the return of the fish or their proceeds. For the

13 décembre 1996, la Couronne s'est prononcée contre la tenue d'un nouveau procès et a arrêté les procédures. Le 19 décembre 1996, le produit net de 137 079,50 $ a été versé aux intimés, mais l'appelante a refusé de payer des intérêts ou quelque autre montant additionnel.

Les intimés ne contestent pas la légalité de la saisie ou de la vente, mais ils soutiennent qu'ils ont droit à des intérêts ou à quelque autre montant additionnel parce que la Couronne avait l'usage du produit de la vente pendant la durée de la saisie. Les parties ont convenu que le montant en question s'élève à 132 000 $.

II. Historique des procédures judiciaires

Les parties ont eu tour à tour gain de cause devant les tribunaux de la Colombie-Britannique. Le juge de première instance a rejeté la demande en concluant que la *Loi sur les pêcheries* est un code exhaustif qui traite de l'aliénation et de la restitution des biens saisis. La saisie était légale et l'argent avait été restitué en bonne et due forme dès que cela s'était révélé nécessaire : [2002] B.C.J. No. 2360 (QL), 2002 BCSC 1447. La Cour d'appel a infirmé cette décision en statuant que, dans ces circonstances, la Couronne avait, en tant qu'« administratrice », l'obligation fiduciaire de payer des intérêts sur le montant en question. D'après la Cour d'appel, la saisie et la vente constituaient, en fait, un « prêt » pour lequel il fallait verser des intérêts. Il était sans importance que les demandeurs soient des autochtones. Voir (2003), 21 B.C.L.R. (4th) 247, 2003 BCCA 614.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les pêcheries* de 1970 ont été reprises dans la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14. Les parties ont renvoyé à la Loi de 1970 en ce qui concerne la saisie et la vente, et à la Loi de 1985 quant aux événements subséquents. Elles conviennent que les modifications apportées à la Loi n'ont aucune incidence sur les questions soulevées dans le pourvoi. Le poisson a été saisi conformément à l'al. 58(1)*b*), et ensuite vendu conformément au par. 58(3) de la Loi de 1970.

purposes of this appeal, all further references are to the 1985 Act as amended by S.C. 1991, c. 1:

73.1 (1) [Return of things not forfeited] Subject to subsection (2), any fish or other thing seized under this Act, or any proceeds realized from its disposition, that are not forfeited to Her Majesty under section 72 shall, on the final conclusion of the proceedings relating to the fish or thing, be delivered to the person from whom the fish or thing was seized.

(2) [Exception] Subject to subsection 72(4), where a person is convicted of an offence relating to any fish or other thing seized under this Act and the court imposes a fine but does not order forfeiture,

(*a*) the fish or thing may be detained until the fine is paid;

(*b*) it may be sold under execution in satisfaction of the fine; or

(*c*) any proceeds realized from its disposition may be applied in payment of the fine.

L'article 73.1 de la Loi de 1985, qui régit la remise ou restitution du poisson ou du produit de son aliénation, est en cause dans la présente affaire. Pour les besoins du présent pourvoi, tous les autres renvois seront à la Loi de 1985, modifiée par L.C. 1991, ch. 1 :

73.1 (1) [Remise des objets saisis mais non confisqués] Sous réserve du paragraphe (2), lorsque, à l'issue des procédures portant sur le poisson ou les objets saisis, le tribunal n'a pas ordonné leur confiscation ou celle du produit de leur aliénation, les objets ou le produit sont remis au saisi.

(2) [Exception] Sous réserve du paragraphe 72(4), les règles qui suivent s'appliquent lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction portant sur le poisson ou les objets saisis et que le tribunal inflige une amende mais n'ordonne pas la confiscation :

a) le poisson ou les objets peuvent être retenus jusqu'à l'acquittement de l'amende;

b) ils peuvent être vendus par adjudication forcée pour paiement de l'amende;

c) le produit de toute aliénation peut être affecté au paiement de l'amende.

IV. Analysis

The appellant Crown submits that the *Fisheries Act* is a complete code for the purposes of returning things seized under the Act. The Act expressly provides for the return of any proceeds realized on the sale of seized property, but it does not provide for interest or any other amount to be paid. It argues that the aboriginal status of the respondents was not raised in the issue as framed by the parties and is irrelevant in the general application of the Act. The appellant also relies upon the common law rule that the Crown is not required to pay interest unless expressly provided by statute or contract.

The respondents submit that the *Fisheries Act* is not a complete code. They argue that the Crown must pay interest, or some other additional amount. They submit that the proceeds are special purpose funds within the meaning of s. 2 "public money" (*d*) of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11 ("FAA"), and are therefore subject to the

IV. Analyse

7 La Couronne appelante prétend que la *Loi sur les pêches* est un code exhaustif en ce qui concerne la restitution des objets saisis en vertu de ses dispositions. Cette loi prescrit expressément la restitution du produit de la vente de biens saisis, mais non le paiement d'intérêts ou de quelque autre montant. L'appelante fait valoir que le statut d'autochtone des intimés n'est pas évoqué dans la question formulée par les parties et n'a rien à voir avec l'application générale de la Loi. Elle invoque aussi la règle de common law selon laquelle la Couronne n'est pas tenue de payer des intérêts, sauf si un texte législatif ou un contrat le prévoit expressément.

8 Les intimés soutiennent que la *Loi sur les pêches* n'est pas un code exhaustif. Selon eux, la Couronne doit payer des intérêts ou quelque autre montant additionnel. Ils font valoir que le produit de la vente est un fonds reçu à une fin particulière au sens de l'al. 2 « fonds publics » *d*) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985,

Crown's discretion to allow interest under s. 21(2) of that statute. The respondents rely upon the common law rule that the Crown cannot expropriate private property without compensation unless there is a clear statutory intention to do so. The respondents also raise the issues of unjust enrichment, fiduciary duty, and breach of trust. They argue that their aboriginal status is relevant as it relates to the alleged fiduciary duty owed to them by the Crown.

ch. F-11 (« LGFP »), et qu'il est, de ce fait, assujetti au pouvoir discrétionnaire de la Couronne de le majorer d'intérêts en application du par. 21(2) de cette loi. Les intimés invoquent la règle de common law selon laquelle la Couronne ne saurait, en l'absence d'intention législative claire en ce sens, exproprier une propriété privée sans indemnisation. Ils soulèvent également les questions d'enrichissement sans cause, d'obligation fiduciaire et de manquement à une obligation fiduciaire. Ils font valoir que leur statut d'autochtone est pertinent vu qu'il se rattache à l'obligation fiduciaire que la Couronne aurait envers eux.

A. *Statutory Framework*

A. *Cadre législatif*

9 I conclude that, for the purposes of this appeal, the *Fisheries Act* constitutes a complete code dealing with the return of seized property. See *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56, at para. 36, *per* Iacobucci J., where he stated that the object of the Act is the "proper management and control of the commercial fishing industry". He observed at para. 37 that the statutory scheme deals "exhaustively" with property seized under the *Fisheries Act*, a highly regulated field.

Je conclus que, pour les besoins du présent pourvoi, la *Loi sur les pêches* est un code exhaustif qui traite de la restitution des biens saisis. Voir l'arrêt *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56, par. 36, où le juge Iacobucci a affirmé que la Loi avait pour objet « la gestion et le contrôle appropriés de l'industrie de la pêche commerciale ». Il a fait observer, au par. 37, que le régime législatif traite « de façon exhaustive » d'un domaine fortement réglementé, celui des biens saisis en vertu de la *Loi sur les pêches*.

10 It is apparent that the *Fisheries Act* creates a comprehensive framework for dealing with issues arising from seizure. For example, it provides for the detention of things seized (s. 71(1)). It also provides for the return of things seized if security is given (s. 71(2)) or if proceedings are not instituted (s. 71(3)). Other provisions deal specifically with fish. Section 73.2 provides that, at the time of seizure, a fishery officer may return to the water any fish that the officer believes to be alive. Section 70(3) provides that if a fishery officer has seized fish, he or she may dispose of it in any manner considered appropriate.

La *Loi sur les pêches* établit manifestement un cadre exhaustif qui régit les questions soulevées par les saisies. Par exemple, elle prévoit la rétention des objets saisis (par. 71(1)). Elle prévoit également la restitution des objets saisis, sur fourniture d'une garantie (par. 71(2)) ou en l'absence de poursuites (par. 71(3)). D'autres dispositions portent expressément sur le poisson. L'article 73.2 précise que l'agent des pêches peut, au moment de la saisie, remettre à l'eau tout poisson qu'il estime encore vivant. Aux termes du par. 70(3), l'agent des pêches qui a saisi du poisson peut en disposer de la façon qu'il estime indiquée.

11 At issue in this appeal is the interpretation of s. 73.1. It provides that any fish, thing, or proceeds realized that are not forfeited to Her Majesty are to be delivered to the person from whom the fish or thing was seized. This is clear. Section 71.1(2) contemplates the payment of interest when an amount is due to Her Majesty. (See also ss. 79.4(1) and 79.4(3).)

L'interprétation de l'art. 73.1 est en cause dans le présent pourvoi. Cette disposition prescrit la restitution au saisi du poisson, des objets ou du produit de leur aliénation qui n'ont pas été confisqués par le tribunal. Cela est clair. Le paragraphe 71.1(2) prévoit le paiement d'intérêts lorsque Sa Majesté est titulaire d'une créance. (Voir aussi les par. 79.4(1) et 79.4(3).)

However, there is no provision for interest if the payment is going the other way.

As stated, I agree with the trial judge's conclusion that the *Fisheries Act* creates a complete code dealing with the disposition and return of seized property. This code imposes no obligation on the Crown to pay interest or any other amount in addition to what is set out in s. 73.1. The plain meaning of this statutory provision is clear. This may seem unfair given that the proceeds in the case at bar were held for a number of years. If so, it is for Parliament to correct it. The circumstances outlined above occurred simply through the operation of the Act. The comprehensive nature of this statutory regime is not diminished by the fact that the proceeds are to be paid to the Receiver General. This simply directs where the funds are to be paid. It does not add to nor detract from s. 73.1 which governs what is to be returned if not properly forfeited.

The above conclusion disposes of the appeal. The respondents' additional arguments can be dealt with briefly.

B. *Other Arguments*

(1) The *Financial Administration Act*

The respondents submitted that the *Fisheries Act* is not a complete code, but is supplemented by the FAA. They argued that the proceeds of sale are "special purpose" funds as defined in s. 2 "public money" (*d*) and are therefore within the Crown's discretion to pay interest under s. 21(2) of that Act.

Apart from those submissions' failing because the *Fisheries Act* is a complete code, the respondents' argument meets an additional hurdle. Even if the proceeds were special purpose funds under s. 2 "public money" (*d*) of the FAA, the appellant still had a discretion to allow interest, which was not done.

Par contre, aucune disposition n'exige le paiement d'intérêts sur un montant dû par Sa Majesté.

12 Je répète que je souscris à la conclusion du juge de première instance selon laquelle la *Loi sur les pêches* crée un code exhaustif qui traite de l'aliénation et de la restitution des biens saisis. Ce code n'impose à la Couronne aucune obligation de payer des intérêts ou quelque autre montant en sus de ce qui est prévu à l'art. 73.1. Le sens ordinaire de cette disposition législative est clair. Cela peut sembler injuste étant donné qu'en l'espèce le produit de la vente a été retenu pendant un certain nombre d'années. Si injustice il y a, il appartient au législateur de corriger la situation. La situation exposée plus haut découle simplement de l'application de la Loi. L'obligation de verser au receveur général le produit de la vente n'atténue en rien la nature exhaustive de ce régime législatif. Cela indique simplement où les fonds doivent être versés, sans déroger ni ajouter quoi que ce soit à l'art. 73.1, qui détermine ce qui doit être restitué en l'absence de confiscation en bonne et due forme.

13 La conclusion qui précède est déterminante en l'espèce. Les arguments additionnels invoqués par les intimés peuvent être examinés brièvement.

B. *Autres arguments*

(1) La *Loi sur la gestion des finances publiques*

14 Selon les intimés, la *Loi sur les pêches* ne constitue pas un code exhaustif, mais est complétée par la LGFP. Ils font valoir que le produit de la vente est un fonds reçu « à une fin particulière » au sens de l'al. 2 « fonds publics » *d*) et qu'il relève, de ce fait, du pouvoir discrétionnaire de payer des intérêts dont le par. 21(2) de cette loi investit la Couronne.

15 En plus d'échouer parce que la *Loi sur les pêches* est un code exhaustif, l'argumentation des intimés se bute à un autre obstacle. Même si le produit de la vente constituait un fonds reçu à une fin particulière au sens de l'al. 2 « fonds publics » *d*) LGFP, l'appelante conservait le pouvoir discrétionnaire de payer ou de ne pas payer des intérêts, et elle ne l'a pas fait.

(2) Unjust Enrichment

16 An additional submission by the respondents was that the Crown was unjustly enriched by its retention of the proceeds during the time of seizure. This argument also fails. The test for unjust enrichment has three elements: (1) an enrichment of the defendant; (2) a corresponding deprivation of the plaintiff; and, (3) an absence of juristic reason for the enrichment. See *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at p. 848; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, at p. 784; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25, at para. 30.

17 Assuming it can be established that there has been an enrichment of the Crown and a corresponding deprivation of the respondents, the element of "juristic reason" poses an unsurmountable hurdle in this appeal. The seizure, sale, and payment of the proceeds were lawfully carried out pursuant to the Act. The respondents rely upon *Manitoba v. Air Canada* (1978), 86 D.L.R. (3d) 631 (Man. C.A.), aff'd [1980] 2 S.C.R. 303, to support their claim that the Crown is not immune from the obligation to pay interest, even if the relevant legislation is silent on the matter. However, in my opinion, *Air Canada* is of no assistance because the issue in that case turned upon whether there was a lack of constitutional authority. There, the Crown collected taxes pursuant to an act that was *ultra vires* the province. This lack of legislative competence was central to that decision. This is not the case here. The constitutional authority of Parliament to enact the provisions of the *Fisheries Act* in question was not challenged.

18 The operation of the statutory provisions provides a "juristic reason" barring recovery. See *Garland* where this Court reformulated the test for "juristic reason" *per* Iacobucci J. at paras. 44-46:

> . . . in my view, the proper approach to the juristic reason analysis is in two parts. First, the plaintiff must show that no juristic reason from an established category exists to deny recovery. By closing the list of categories that the plaintiff must canvass in order to show an absence of

(2) Enrichissement sans cause

Les intimés ont également allégué que la rétention du produit de la vente pendant la durée de la saisie avait contribué à l'enrichissement sans cause de la Couronne. Cet argument ne tient pas non plus. Trois conditions doivent être remplies pour qu'il y ait enrichissement sans cause : (1) l'enrichissement du défendeur, (2) l'appauvrissement correspondant du demandeur et (3) l'absence de motif juridique justifiant l'enrichissement. Voir les arrêts *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, p. 848; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, p. 784, et *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, 2004 CSC 25, par. 30.

À supposer qu'il soit possible d'établir qu'il y a eu enrichissement de la Couronne et appauvrissement correspondant des intimés, l'élément du « motif juridique » pose un problème insurmontable dans le présent pourvoi. La saisie, la vente et le paiement du produit de la vente étaient licites et conformes à la Loi. Les intimés invoquent l'arrêt *Manitoba c. Air Canada* (1978), 86 D.L.R. (3d) 631 (C.A. Man.), conf. par [1980] 2 R.C.S. 303, à l'appui de leur argument selon lequel la Couronne n'échappe pas à l'obligation de payer des intérêts, même si la mesure législative applicable ne dit rien à ce sujet. Toutefois, j'estime que l'arrêt *Air Canada* n'est d'aucun secours parce que cette affaire soulevait un problème d'absence de pouvoir constitutionnel. L'État avait perçu des taxes conformément à une loi qui excédait la compétence de la province. Cette absence de compétence législative était au cœur de la décision. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Le pouvoir constitutionnel du Parlement d'adopter les dispositions de la *Loi sur les pêches* en question n'est pas contesté.

L'application des dispositions législatives constitue un « motif juridique » de refuser le recouvrement. Voir l'arrêt *Garland*, par. 44-46, où la Cour, sous la plume du juge Iacobucci, a reformulé de la façon suivante le critère du « motif juridique » :

> J'estime [. . .] qu'il convient de scinder en deux étapes l'analyse du motif juridique. Le demandeur doit d'abord démontrer qu'aucun motif juridique appartenant à une catégorie établie ne justifie de refuser le recouvrement. En circonscrivant la liste des catégories que le demandeur

juristic reason, Smith's objection to the Canadian formulation of the test that it required proof of a negative is answered. The established categories that can constitute juristic reasons include a contract (*Pettkus, supra*), a disposition of law (*Pettkus, supra*), a donative intent (*Peter, supra*), and other valid common law, equitable or statutory obligations (*Peter, supra*). If there is no juristic reason from an established category, then the plaintiff has made out a *prima facie* case under the juristic reason component of the analysis.

The *prima facie* case is rebuttable, however, where the defendant can show that there is another reason to deny recovery. As a result, there is a *de facto* burden of proof placed on the defendant to show the reason why the enrichment should be retained. This stage of the analysis thus provides for a category of residual defence in which courts can look to all of the circumstances of the transaction in order to determine whether there is another reason to deny recovery.

As part of the defendant's attempt to rebut, courts should have regard to two factors: the reasonable expectations of the parties, and public policy considerations. . . .

The first question is whether there is a juristic reason from an established category to deny recovery. If so, recovery is denied. If not, recovery is *prima facie* allowed unless the defendant can show that there is another reason to deny recovery. This can rebut the plaintiff's *prima facie* case.

In the case at bar, the seizure, sale, and return of the proceeds were all done pursuant to the *Fisheries Act*. The statute provides for the return of any fish, thing, or proceeds realized from its disposition. This is what happened. Any residual gain or loss is ancillary. Relying upon such a statutory basis falls within the "disposition of law" category of juristic reason. See *Garland*, at para. 49; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Mack v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737 (C.A.).

The effect of this complete code is similar to what occurred in *Zaidan Group Ltd. v. London (City)*, [1991] 3 S.C.R. 593, aff'g (1990), 64 D.L.R.

doit examiner pour démontrer l'absence de motif juridique, on répond à l'objection soulevée par le professeur Smith voulant que la formulation canadienne du critère oblige à prouver ce qui n'est pas. Parmi les catégories établies susceptibles de constituer un motif juridique, il y a le contrat (*Pettkus*, précité), la disposition légale (*Pettkus*, précité), l'intention libérale (*Peter*, précité) et les autres obligations valides imposées par la common law, l'equity ou la loi (*Peter*, précité). S'il n'existe aucun motif juridique appartenant à une catégorie établie, le demandeur a alors établi une preuve *prima facie* en ce qui concerne le volet « motif juridique » de l'analyse.

La preuve *prima facie* est cependant réfutable si le défendeur parvient à démontrer qu'il existe un autre motif de refuser le recouvrement. En conséquence, le défendeur a l'obligation *de facto* de démontrer pourquoi il devrait conserver ce dont il s'est enrichi. À cette étape de l'analyse, le défendeur peut donc recourir à une catégorie de moyens de défense résiduels qui permettent aux tribunaux d'examiner toutes les circonstances de l'opération afin de déterminer s'il existe un autre motif de refuser le recouvrement.

Lorsque le défendeur tente de réfuter la preuve en question, les tribunaux doivent tenir compte de deux facteurs : les attentes raisonnables des parties et les considérations d'intérêt public. . .

La première question est de savoir s'il existe un motif juridique d'une catégorie établie qui justifie de refuser le recouvrement. Dans l'affirmative, le recouvrement est refusé. Dans la négative, la demande de recouvrement est accueillie de prime abord, à moins que le défendeur ne puisse démontrer l'existence d'un autre motif de refuser le recouvrement, ce qui rend réfutable la preuve *prima facie* du demandeur.

19 En l'espèce, la saisie, la vente et la restitution du produit de la vente sont toutes conformes à la *Loi sur les pêches*, qui prescrit la restitution du poisson, des objets ou du produit de leur aliénation. C'est ce qui s'est produit. Toute perte ou tout gain résiduels est accessoire. Un tel fondement législatif relève de la catégorie « dispositions légales » des motifs juridiques. Voir *Garland*, par. 49; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Mack c. Canada (Procureur général)* (2002), 60 O.R. (3d) 756 (C.A.).

20 Ce code exhaustif a un effet semblable à celui décrit dans l'arrêt *Zaidan Group Ltd. c. London (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 593, conf. (1990), 64 D.L.R.

(4th) 514 (Ont. C.A.). In *Zaidan*, a taxpayer successfully appealed a municipal tax assessment. The city refunded the overpayment of taxes but refused to pay interest on the overpayment. The taxpayer unsuccessfully challenged this decision. Carthy J.A., for the Ontario Court of Appeal, recognized at pp. 518-19 that a claim in unjust enrichment is ousted by a lawful and complete statute:

> The common thread of unfairness recognized by the common law breaks when a legislative body acts within its jurisdiction and stipulates, as here, that the municipality shall levy assessed amounts, the taxpayers shall pay those amounts, the municipality may use the money it has collected, and must refund it if adjusted downward on appeal, with interest if it has passed a by-law. The statute could equally have said that a taxpayer must pay the assessed amounts without any recourse by way of complaint. The unfairness of such a statute would be universally denounced but, if it were constitutionally competent to the legislature, the common law would have nothing to say on the subject. There is no question of a gap being left in the legislation for the common law to fill. The taxes are a statutory creation and the conditions surrounding their payment and repayment must be in the statutes associated with their creation. The common law cannot characterize competent legislation as unjust, and it would be doing so if it imposed an additional duty to pay interest on a statutory duty to levy and to refund a specific amount of money.

21 This is distinguishable from cases such as *Air Canada* where the enrichment in question is without constitutional or statutory authority. This Court unanimously dismissed the taxpayer's appeal in *Zaidan*, explaining at p. 594:

> We are all of the view that this appeal must be dismissed. The appellant's claim to interest on an overpayment of tax based on the doctrine of unjust enrichment is not available in this case in the light of s. 6(1) of the *Municipal Interest and Discount Rates Act, 1982*, S.O. 1982, c. 44. This section authorizes a municipality to pass a by-law for the payment of interest and also gives a municipality a discretion to do so. In this case, the City of London did not pass such a by-law. Accordingly, the

(4th) 514 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, une contribuable a contesté avec succès une cotisation de taxes municipales. La ville a remboursé le trop-perçu de taxes, mais a refusé de payer des intérêts sur le trop-perçu. La contribuable a contesté sans succès cette décision. Le juge Carthy, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a reconnu, aux p. 518-519, qu'une action fondée sur l'enrichissement sans cause échoue en présence d'un texte législatif valide et exhaustif :

> [TRADUCTION] Le dénominateur commun de l'iniquité reconnu par la common law disparaît lorsque l'organe législatif agit conformément à sa compétence et édicte, comme en l'espèce, que la municipalité doit percevoir des sommes déterminées, que les contribuables doivent payer ces sommes, que la municipalité peut utiliser l'argent perçu et qu'elle doit effectuer un remboursement si la somme perçue est rajustée à la baisse lors d'un appel, et ce, avec intérêts si elle a adopté un règlement. Le texte législatif aurait pu également préciser qu'un contribuable doit payer les sommes fixées, sans disposer d'un mécanisme de plaintes. Tout le monde dénoncerait l'iniquité d'un tel texte législatif; cependant si ce texte relevait de la compétence constitutionnelle du législateur, la common law ne pourrait rien à cet égard. Il n'est pas question d'une lacune de la loi qu'il appartient à la common law de combler. Les taxes sont une création de la loi et les conditions applicables à leur paiement et à leur remboursement doivent se trouver dans les textes législatifs liés à leur création. La common law ne saurait qualifier d'injuste une loi relevant de la compétence du législateur, et elle le ferait si elle imposait une obligation additionnelle de payer des intérêts en sus de l'obligation légale de percevoir et de rembourser un montant précis.

Cela diffère d'autres cas, comme *Air Canada*, où l'enrichissement en question a lieu en l'absence de pouvoir constitutionnel ou légal. Dans l'arrêt *Zaidan*, p. 594, notre Cour a rejeté, à l'unanimité, l'appel de la contribuable en donnant l'explication suivante :

> Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi doit échouer. L'appelante ne peut réclamer le paiement d'intérêts sur un trop-perçu de taxes en se fondant sur la théorie de l'enrichissement sans cause, en raison du par. 6(1) de la *Municipal Interest and Discount Rates Act, 1982*, S.O. 1982, ch. 44. Ce paragraphe autorise une municipalité à adopter un règlement visant le paiement d'intérêts et lui confère aussi le pouvoir discrétionnaire de le faire. En l'espèce, la ville de London n'a pas adopté pareil

claim for unjust enrichment fails and the appeal is dismissed with costs.

Here, Parliament has enacted a statutory regime to regulate the commercial fishery. It has provided an extensive framework dealing with the seizure and return of things seized. This regime specifically provides for the return of any fish, thing, or proceeds realized. This was followed. Interest or some other additional amount might have been gratuitously included, but it was not. The validity of the *Fisheries Act* was not, nor could have been, successfully challenged. Therefore, the Act provides a juristic reason for any incidental enrichment which may have occurred in its operation. As a result, the unjust enrichment claim fails.

(3) Fiduciary Duty

A further submission was that the Crown owed the respondents a fiduciary duty. This argument cannot succeed. First, it should be noted that in the issue as framed by the parties, the aboriginal status of the respondents was not raised. Second, even if it were raised, it would not affect the outcome of this appeal. Although the Crown in many instances does owe a fiduciary duty to aboriginal people, it is the nature of the relationship, not the specific category of actor involved, that gives rise to a fiduciary duty. Not every situation involving aboriginal people and the Crown gives rise to a fiduciary relationship. See *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73, at para. 18, *per* McLachlin C.J. The provisions of the *Fisheries Act* dealing with the return of things seized are of general application. I agree with the trial judge and the Court of Appeal that the respondents' aboriginal ancestry alone is insufficient to create the duty in these circumstances.

The concept of fiduciary duty is not an invitation to engage in "results oriented" reasoning. It is a principled analysis. At its core is the obligation of

règlement. En conséquence, la demande fondée sur l'enrichissement sans cause échoue et le pourvoi est rejeté avec dépens.

En l'espèce, le législateur a adopté des dispositions régissant la pêche commerciale. Il a établi un régime complet qui traite de la saisie et de la restitution des objets saisis. Ce régime prescrit expressément la restitution du poisson, des objets ou du produit de leur vente, et il a été appliqué. Des intérêts ou quelque autre montant additionnel auraient pu être accordés à titre gracieux, mais cela n'a pas été fait. La validité de la *Loi sur les pêches* n'a pas été contestée avec succès et n'aurait pas pu l'être non plus. Par conséquent, la Loi constitue un motif juridique justifiant tout enrichissement accessoire qui peut s'être produit dans le cadre de son application. Il s'ensuit que la demande fondée sur l'enrichissement injuste échoue. 22

(3) L'obligation fiduciaire

On a également prétendu que la Couronne avait une obligation fiduciaire envers les intimés. Cet argument ne saurait être retenu. Premièrement, il y a lieu de noter que le statut d'autochtone des intimés n'est pas évoqué dans la question formulée par les parties. Deuxièmement, même s'il y était évoqué, cela ne changerait rien à l'issue du présent pourvoi. Bien que la Couronne ait, dans bien des cas, une obligation fiduciaire envers la population autochtone, c'est la nature des rapports, et non la catégorie d'acteurs en question, qui donne naissance à une obligation fiduciaire. Les situations mettant en cause des autochtones et la Couronne ne donnent pas toutes naissance à une obligation fiduciaire. Voir l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 18, la juge en chef McLachlin. Les dispositions de la *Loi sur les pêches* portant sur la restitution des objets saisis sont des dispositions d'application générale. Je conviens avec le juge de première instance et la Cour d'appel qu'à elle seule l'ascendance autochtone n'est pas suffisante pour donner naissance à cette obligation dans le cas qui nous occupe. 23

Le concept d'obligation fiduciaire n'est pas une invitation à adopter un raisonnement « axé sur les résultats ». Au cœur de l'analyse fondée sur des 24

one party to act for the benefit of another. This obligation may derive from various sources such as statute, agreement, or unilateral undertaking. In *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, Dickson J. (as he then was) stated at p. 384:

> I do agree, however, that where by statute, agreement, or perhaps by unilateral undertaking, one party has an obligation to act for the benefit of another, and that obligation carries with it a discretionary power, the party thus empowered becomes a fiduciary. Equity will then supervise the relationship by holding him to the fiduciary's strict standard of conduct.

25 Also, in *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 409, La Forest J. stated:

> In these cases, the question to ask is whether, given all the surrounding circumstances, one party could reasonably have expected that the other party would act in the former's best interests with respect to the subject matter at issue.

26 Other characteristics of a fiduciary relationship were described by Sopinka J. in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at p. 599. These are: (1) the fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power; (2) the fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's interests; and, (3) the beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power. However, these are simply characteristics and not necessarily determinative of a fiduciary relationship.

27 At the appeal here, the respondents could not point to any source imposing an obligation upon the Crown to act for their benefit. There was no agreement, undertaking, or statute which would impose this duty. Instead, the spawn was seized during the enforcement of the *Fisheries Act*. This was a quasi-adversarial context. The Crown was not undertaking to act for the respondents' benefit but was acting for the benefit of the

principes qui s'impose, il y a l'obligation d'une partie d'agir au profit d'une autre partie. Cette obligation peut émaner de différentes sources telles que la loi, un contrat ou un engagement unilatéral. Dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a affirmé ce qui suit, à la p. 384 :

> J'estime toutefois que, lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la personne investie de ce pouvoir devient un fiduciaire. L'*equity* vient alors exercer un contrôle sur ce rapport en imposant à la personne en question l'obligation de satisfaire aux normes strictes de conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer.

Le juge La Forest a également écrit ceci dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 409 :

> Dans ces cas, il s'agit de savoir si, compte tenu de toutes les circonstances en présence, une partie pouvait raisonnablement s'attendre à ce que l'autre agisse dans l'intérêt de la première relativement au sujet en cause.

Dans l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, p. 599, le juge Sopinka a décrit d'autres caractéristiques des rapports fiduciaires, à savoir : (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire; (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts du bénéficiaire; (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire. Il s'agit toutefois de simples caractéristiques qui ne sont pas nécessairement déterminantes quant à l'existence de rapports fiduciaires.

Pendant l'audition du présent pourvoi, les intimés n'ont pu indiquer aucune source imposant à la Couronne l'obligation d'agir à leur profit. Il n'existait aucun contrat, aucun engagement ni aucune loi qui imposait cette obligation. La rogue a, au contraire, été saisie en exécution de la *Loi sur les pêches*, dans le contexte d'une procédure quasi accusatoire. La Couronne ne s'engageait pas à agir au profit des intimés, mais agissait plutôt pour le

commercial fishery, a public benefit. This case is distinguishable from *Authorson v. Canada (Attorney General)* (2002), 58 O.R. (3d) 417 (C.A.), rev'd on other grounds, [2003] 2 S.C.R. 40, 2003 SCC 39. In *Authorson*, the government stepped in to act as administrator of disabled veterans' pension funds when those veterans were incapable of managing the funds themselves. While the facts of *Authorson* may support a finding of fiduciary relationship, the case at bar does not. The fiduciary duty argument fails.

(4) Trust

Finally, the respondents claimed that the Crown held the proceeds as a trustee. This argument is also flawed. The statutory scheme created by the *Fisheries Act* dispels any suggestion that the Act intended to create a trust relationship through its operation. Any presumption which may have existed is rebutted by this statutory regime. At most, the respondents had a debt claim against the Crown for the amount of proceeds realized from the sale of seized spawn once the stay of proceedings occurred. It is this chose in action which served as a substitute for the thing seized.

V. Conclusion

I would answer the question posed by the parties as follows:

When "fish" has been lawfully seized and disposed of under the provisions of the Act and the proceeds of disposition are later returned pursuant to s. 73.1 of the Act, is the Crown obligated to pay to the person(s) from whom the "fish" was seized any monies in addition to the net proceeds realized from the said disposition?

The answer is "no".

I would allow the appeal without costs.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Department of Justice, Vancouver.

bien de la pêche commerciale, qui est une activité d'intérêt public. La présente affaire peut être distinguée de l'arrêt *Authorson c. Canada (Attorney General)* (2002), 58 O.R. (3d) 417 (C.A.), inf. pour d'autres motifs, [2003] 2 R.C.S. 40, 2003 CSC 39. Dans l'affaire *Authorson*, le gouvernement agissait en qualité d'administrateur des fonds de retraite des anciens combattants invalides lorsque ceux-ci étaient incapables de les administrer eux-mêmes. Bien que les faits de l'arrêt *Authorson* puissent permettre de conclure à l'existence de rapports fiduciaires, une telle conclusion n'est pas possible en l'espèce. L'argument de l'obligation fiduciaire ne tient pas.

(4) Fiducie

28 Enfin, les intimés ont soutenu que la Couronne détenait le produit de la vente en tant que fiduciaire. Cet argument est également erroné. Le régime législatif établi par la *Loi sur les pêches* élimine toute idée que, dans son application, la Loi était censée créer des rapports fiduciaires. Ce régime législatif réfute toute présomption qui peut avoir existé. Une fois les procédures arrêtées, les intimés avaient, tout au plus, une créance sur la Couronne relativement au produit de la vente de la rogue saisie. C'est ce droit d'action qui remplaçait l'objet saisi.

V. Conclusion

29 Je suis d'avis de répondre ainsi à la question posée par les parties :

[TRADUCTION] Lorsque du « poisson » a été légalement saisi et aliéné en vertu de la Loi et que le produit de l'aliénation a, par la suite, été restitué conformément à l'art. 73.1 de la Loi, la Couronne est-elle tenue de payer à la personne ou aux personnes dont le « poisson » a été saisi un montant quelconque en sus du produit net de l'aliénation?

La réponse est « non ».

30 Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sans dépens.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Ministère de la Justice, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs des intimés : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Christiano Daniel Justin Paice *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. PAICE

Neutral citation: 2005 SCC 22.

File No.: 30045.

2004: December 15; 2005: April 22.

Present: Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law—Defences—Self-defence—Assault—Consent — Interpretation of Jobidon — Deceased killed by accused in fist fight — Whether fight consensual — Whether self-defence available to accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 34.

Following a scuffle inside a bar, the accused was challenged by the deceased to go outside and fight. Once there, they exchanged threats, and the deceased pushed the accused once or twice. The accused struck the deceased on the jaw. The deceased fell backward, his head bouncing off the pavement. The accused then struck him two more times on the head. The deceased died as a result of his injuries and the accused was charged with manslaughter. The trial judge acquitted him on the ground that, following the deceased's pushing which constituted an unlawful assault, the accused had acted in self-defence within the scope of s. 34(1) of the *Criminal Code*. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed. The order for a new trial is confirmed.

Per Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ.: Self-defence under s. 34(1) of the *Code* is not available to either combatant in a consensual fist

Christiano Daniel Justin Paice *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. PAICE

Référence neutre : 2005 CSC 22.

N° du greffe : 30045.

2004 : 15 décembre; 2005 : 22 avril.

Présents : Les juges Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Moyens de défense — Légitime défense — Voies de fait — Consentement — Interprétation de l'arrêt Jobidon — Victime tuée par l'accusé lors d'une bagarre à coups de poing — Était-ce une bagarre entre adversaires consentants? — L'accusé peut-il invoquer la légitime défense? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 34.

À la suite d'une bousculade à l'intérieur d'un bar, la victime a mis l'accusé au défi d'aller se battre dehors. Une fois à l'extérieur, ils se sont proféré des menaces, et la victime a poussé l'accusé à une ou peut-être deux reprises. L'accusé a frappé la victime à la mâchoire. La victime est tombée à la renverse et s'est heurté la tête sur le pavé. L'accusé lui a alors assené deux autres coups à la tête. La victime est décédée des suites de ses blessures et l'accusé a été inculpé d'homicide involontaire coupable. Le juge du procès a acquitté l'accusé pour le motif que, à la suite de la poussée qu'il s'était fait donner par la victime et qui constituait une attaque illégale, il avait agi en état de légitime défense au sens du par. 34(1) du *Code criminel*. La Cour d'appel a annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. L'ordonnance de nouveau procès est confirmée.

Les juges Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Charron : La légitime défense prévue au par. 34(1) du *Code* ne s'applique pas dans une bagarre à coups

fight. That the deceased had agreed to fight was not a contentious issue at trial, but it is unclear from the trial judge's reasons whether he found, as a fact, that the accused had also consented to the fight. A misinterpretation of the principles in *Jobidon* led the trial judge into error in his analysis on self-defence. First, his conclusion that the deceased's pushing of the accused was an unlawful assault because it was "without the consent of the accused" was based on his legal conclusion that neither party could rely on the consent of the other because each of them had entered the fight with the intention to cause serious bodily harm to the other. Under *Jobidon*, however, serious harm must be both intended and caused for consent to be vitiated. Whether the deceased intended to cause serious bodily harm, he did not in fact do so. Because the trial judge based his finding that the accused had been unlawfully assaulted solely on the legal conclusion he had reached on the issue of consent, he never inquired into whether the accused had in fact consented to the fight. Second, the trial judge did not address the question of provocation. An accused can rely on s. 34(1) only if he was unlawfully assaulted "without having provoked the assault". It was not open to the Court of Appeal to determine the issue of provocation and to conclude that the accused could not be said to be the victim of an unprovoked assault based on its own assessment of the evidence in the absence of a definitive finding by the trial judge that the accused consented to the fight. [4] [18-21]

Per Fish J.: The accused's acquittal must be set aside on the sole ground that the trial judge overlooked the unprovoked assault requirement of s. 34(1) of the *Code*. [31-32]

Cases Cited

By Charron J.

Applied: *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; **distinguished:** *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; **referred to:** *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057; *R. v. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219, rev'd [1977] 2 S.C.R. 13.

By Fish J.

Referred to: *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168.

de poing entre adversaires consentants. Au procès, personne n'a contesté que la victime avait consenti à se bagarrer, mais les motifs du juge du procès n'indiquent pas clairement s'il a tenu pour avéré que l'accusé avait également consenti à la bagarre. Le juge du procès a mal interprété les principes établis dans l'arrêt *Jobidon*, ce qui a eu pour effet de l'induire en erreur dans son analyse de la légitime défense. Premièrement, sa conclusion que la poussée donnée à l'accusé par la victime était une attaque illégale parce qu'elle avait été donnée « sans le consentement de l'accusé » reposait sur sa conclusion de droit qu'aucune partie n'était en mesure d'invoquer le consentement de l'autre partie parce qu'en participant à la bagarre elles avaient toutes les deux eu l'intention de s'infliger mutuellement des lésions corporelles graves. Cependant, l'arrêt *Jobidon* précise que, pour que le consentement soit vicié, il faut que des lésions graves aient été à la fois voulues et causées. Peu importe que la victime ait eu ou n'ait pas eu l'intention de causer des lésions corporelles graves, en fait, elle n'en a pas causé. Étant donné que sa conclusion que l'accusé avait été attaqué illégalement reposait uniquement sur la conclusion de droit qu'il avait tirée à l'égard de la question du consentement, le juge du procès ne s'est jamais demandé si l'accusé avait, en fait, consenti à la bagarre. Deuxièmement, le juge du procès n'a pas abordé la question de la provocation. Un accusé ne peut invoquer le par. 34(1) que s'il a été illégalement attaqué « sans provocation de sa part ». En l'absence de conclusion définitive du juge du procès voulant que l'accusé ait consenti à la bagarre, la Cour d'appel ne pouvait pas se fonder sur sa propre perception de la preuve pour trancher la question de la provocation et pour conclure qu'on ne pouvait pas dire que l'accusé avait été victime d'une attaque sans provocation de sa part. [4] [18-21]

Le juge Fish : Il y a lieu d'annuler l'acquittement de l'accusé du seul fait que le juge du procès n'a pas tenu compte de l'exigence du par. 34(1) du *Code* que l'attaque ait eu lieu sans provocation. [31-32]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêt appliqué : *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; **arrêts mentionnés :** *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057; *R. c. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219, inf. par [1977] 2 R.C.S. 13.

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 "bodily harm", 34, 35, 36, 222(5)(*a*), 265(1)(*a*), (2), (3), 267, 686(1)(*a*)(i).

Authors Cited

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, "grievous".

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Gerwing, Sherstobitoff and Jackson JJ.A.), [2004] 5 W.W.R. 621, 238 Sask. R. 195, 305 W.A.C. 195, [2003] S.J. No. 590 (QL), 2003 SKCA 89, allowing the Crown's appeal against the acquittal of the accused on a manslaughter charge, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Aaron A. Fox, *Q.C.*, and *James N. Korpan*, for the appellant.

W. Dean Sinclair, for the respondent.

Michael Bernstein and *Gregory J. Tweney*, for the intervener.

The judgment of Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. was delivered by

CHARRON J. —

I. Overview

This appeal is about self-defence in the context of what was alleged to have been a consensual fist fight. Clinton Bauck died as a result of injuries suffered during the fight. The appellant, Christiano Daniel Justin Paice, was charged with manslaughter contrary to s. 222(5)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. By way of defence, he sought to rely on the deceased's consent to the fight. Alternatively, he claimed that he had acted in self-defence.

The trial judge rejected Mr. Paice's first contention based on the principle set out in *R. v. Jobidon*,

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 « lésions corporelles », 34, 35, 36, 222(5)*a*), 265(1)*a*), (2), (3), 267, 686(1)*a*)(i).

Doctrine citée

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber, 2nd ed. Toronto : Oxford University Press, 2004, « *grievous* ».

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Gerwing, Sherstobitoff et Jackson), [2004] 5 W.W.R. 621, 238 Sask. R. 195, 305 W.A.C. 195, [2003] S.J. No. 590 (QL), 2003 SKCA 89, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquittement de l'accusé à l'égard d'une accusation d'homicide involontaire coupable, et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Aaron A. Fox, *c.r.*, et *James N. Korpan*, pour l'appelant.

W. Dean Sinclair, pour l'intimée.

Michael Bernstein et *Gregory J. Tweney*, pour l'intervenant.

Version française du jugement des juges Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Charron rendu par

LA JUGE CHARRON —

I. Aperçu

Le présent pourvoi porte sur la légitime défense dans le contexte de ce qui aurait été une bagarre à coups de poing entre adversaires consentants. Clinton Bauck est décédé des suites de blessures subies pendant cette bagarre. L'appelant, Christiano Daniel Justin Paice, a été accusé d'homicide involontaire coupable en vertu de l'al. 222(5)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Il a tenté de se défendre en invoquant le consentement de la victime à la bagarre. Subsidiairement, il a plaidé la légitime défense. 1

Le juge du procès a rejeté le premier argument de M. Paice en se fondant sur le principe énoncé dans 2

[1991] 2 S.C.R. 714. He held that neither Mr. Paice nor Mr. Bauck could rely on the consent of the other to negate a finding of assault because each had intended to cause bodily harm and, in fact, serious harm did occur. The trial judge, however, accepted Mr. Paice's alternative argument and acquitted him on the ground that he had acted in self-defence within the scope of s. 34(1) of the *Criminal Code*. In essence, he found that Mr. Paice had repelled Mr. Bauck's unlawful assault with no more force than necessary.

3 On appeal by the Crown, the Court of Appeal for Saskatchewan held that self-defence under s. 34(1) of the *Criminal Code* was not open to Mr. Paice because, in its view, the evidence could only support a finding that he had provoked the assault and that, in repelling it, he had intended to cause grievous bodily harm. However, based on the findings of fact made by the trial judge, the court concluded that it could not make sufficient determinations to negate the application of self-defence under s. 34(2) or s. 35. Consequently, the Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial, emphasizing that the new trial judge would not be constrained by its comments on the first trial judge's findings of fact: (2003), 238 Sask. R. 195, 2003 SKCA 89.

4 I would dismiss the appeal, although for different reasons than the Court of Appeal. I agree with the conclusion of the Court of Appeal that self-defence under s. 34(1) is not available to either combatant in a consensual fist fight because neither could be heard to say that he has been the innocent victim of an unprovoked assault when he has consented to the fight. However, as I will explain, it is unclear from the reasons of the trial judge whether he found as a fact that this was a consensual fight. The fact that Mr. Bauck had agreed to fight was not a contentious issue at trial and the trial judge correctly held that Mr. Paice could not rely on that consent in defence to a charge of

l'arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714. Il a conclu que ni M. Paice ni M. Bauck ne pouvait invoquer le consentement de l'autre pour repousser la conclusion qu'une attaque avait eu lieu, étant donné qu'ils avaient tous les deux eu l'intention de causer des lésions corporelles et que des lésions graves avaient, en fait, été causées. Le juge du procès a toutefois retenu l'argument subsidiaire de M. Paice et l'a acquitté pour le motif qu'il avait agi en état de légitime défense au sens du par. 34(1) du *Code criminel*. Il a considéré essentiellement que M. Paice n'avait employé que la force nécessaire pour repousser l'attaque illégale de M. Bauck.

Lors de l'appel interjeté par le ministère public, la Cour d'appel de la Saskatchewan a décidé que M. Paice ne pouvait pas invoquer la légitime défense prévue au par. 34(1) du *Code criminel*, parce qu'à son avis la preuve était uniquement susceptible d'étayer une conclusion qu'il avait provoqué l'attaque et qu'en la repoussant il avait eu l'intention de causer des lésions corporelles graves. Cependant, la cour a estimé que, compte tenu des conclusions de fait du juge du procès, elle n'était pas en mesure de tirer elle-même des conclusions suffisantes pour écarter l'application de la légitime défense prévue au par. 34(2) ou à l'art. 35. La Cour d'appel a donc annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès, en soulignant que le nouveau juge du procès ne serait pas lié par ses commentaires relatifs aux conclusions de fait du premier juge du procès : (2003), 238 Sask. R. 195, 2003 SKCA 89.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, quoique pour des motifs différents de ceux de la Cour d'appel. Je partage la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle, dans une bagarre à coups de poing entre adversaires consentants, la légitime défense prévue au par. 34(1) ne s'applique pas étant donné qu'en raison de son consentement à la bagarre aucun des adversaires ne peut prétendre avoir été la victime innocente d'une attaque qu'il n'a pas provoquée. Cependant, comme je vais l'expliquer, les motifs du juge du procès n'indiquent pas clairement s'il a tenu pour avéré que la bagarre avait opposé des adversaires consentants. Au procès, personne n'a contesté que M. Bauck avait consenti à se

manslaughter. What is not clear from the reasons is whether the trial judge found that Mr. Paice had also consented to the fight. If Mr. Paice consented to the fight, he could not claim to have acted in self-defence within the scope of s. 34(1), although other provisions may have to be considered. If, on the other hand, Mr. Bauck was the sole aggressor, self-defence under s. 34(1) could not be ruled out. These are all matters that will have to be determined on the new trial.

bagarrer, et le juge du procès a eu raison de conclure que M. Paice ne pouvait pas invoquer ce consentement pour repousser une accusation d'homicide involontaire coupable. Les motifs n'indiquent pas clairement si le juge du procès est arrivé à la conclusion que M. Paice avait également consenti à la bagarre. Le cas échéant, M. Paice ne pourrait pas invoquer la légitime défense prévue au par. 34(1), bien qu'il puisse se révéler nécessaire de tenir compte d'autres dispositions. Par contre, la légitime défense prévue au par. 34(1) ne pourrait pas être écartée si M. Bauck était l'unique agresseur. Ce sont là des questions qui devront toutes être tranchées dans le cadre du nouveau procès.

II. The Evidence at Trial

On May 25, 2001, the appellant, Mr. Paice, and some friends attended a bar in Moose Jaw, Saskatchewan, to celebrate a birthday. At some point in the evening, one of Mr. Paice's friends became involved in a dispute with a friend of the deceased, Mr. Bauck, over a game of pool. Upon noticing the scuffle, Mr. Paice left his seat at the bar and intervened, separating the combatants. In his words, "there wasn't going to be a fight". Several employees of the bar also intervened to prevent further disruption, advising the parties that fighting was not allowed and if they intended to fight they should "take it outside".

II. La preuve présentée au procès

Le 25 mai 2001, l'appelant M. Paice et des amis se sont rendus dans un bar à Moose Jaw, en Saskatchewan, pour y célébrer un anniversaire de naissance. À un moment donné au cours de la soirée, l'un des amis de M. Paice a commencé à se quereller avec un ami de la victime, M. Bauck, au sujet d'une partie de billard. Dès qu'il eut pris connaissance de la bousculade, M. Paice a quitté le tabouret qu'il occupait au bar pour aller séparer les adversaires. Pour reprendre ses propos, [TRADUCTION] « il n'était pas question de se bagarrer ». Plusieurs employés du bar sont également intervenus pour empêcher toute autre altercation, prévenant les parties que les bagarres étaient interdites et qu'elles devraient [TRADUCTION] « aller dehors » si elles voulaient se battre. 5

According to Mr. Paice, as he returned to his seat he was approached by Mr. Bauck and asked "do you want to go outside to fight?" Mr. Paice could not recall whether or not he specifically answered the question; nevertheless he did subsequently go outside. Once outside, Mr. Paice and Mr. Bauck squared off, exchanging threats. Mr. Bauck then pushed the accused once, perhaps twice, causing Mr. Paice to go back several steps. Mr. Paice, now in close proximity to Mr. Bauck, swung hard with his right elbow, striking Mr. Bauck on the left side of his jaw. Mr. Bauck immediately fell backward onto the pavement. He did not appear to cushion his fall and his head seemed to bounce off the

Selon M. Paice, au moment où il regagnait sa place au bar, M. Bauck s'est approché de lui et lui a demandé [TRADUCTION] « veux-tu aller te battre dehors? » M. Paice ne se rappelait pas s'il avait répondu à cette question, mais il s'est néanmoins rendu dehors par la suite. Une fois à l'extérieur, MM. Paice et Bauck, qui étaient debout face à face, se sont proféré des menaces. M. Bauck a ensuite, à une ou peut-être deux reprises, poussé l'accusé M. Paice suffisamment pour le faire reculer de plusieurs pas. Ce dernier, qui était alors près de M. Bauck, lui a assené un violent coup de coude droit qui l'a atteint au côté gauche de la mâchoire. M. Bauck est immédiatement tombé à la renverse 6

pavement. It appeared to most of the witnesses that Mr. Bauck was knocked out by this first blow.

7 Mr. Paice then straddled the prostrate Mr. Bauck, striking him two more times, the third blow being of a glancing nature. Mr. Paice was then pulled off Mr. Bauck, but he continued to rant at the victim, swearing and asking if he wanted more. Some time later, Mr. Bauck died as a result of his injuries.

III. Analysis

8 The trial judge correctly instructed himself on the constituent elements of the offence of manslaughter. Manslaughter is culpable homicide and, under s. 222(5)(*a*) of the *Criminal Code*, it is committed when a person "causes the death of a human being by means of an unlawful act". In this case, the alleged unlawful act is assault. Under s. 265(1)(*a*), a person commits an assault when, "without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly". Section 265(2) expressly provides that this "section applies to all forms of assault, including . . . causing bodily harm". Section 265(3) further provides that no consent is obtained in certain circumstances, none of which applies here.

9 As noted earlier, Mr. Paice sought to rely on Mr. Bauck's consent to the fight to escape criminal responsibility. He argued that if Mr. Bauck consented to the application of force, then his actions in the course of the fight would not constitute an assault within the meaning of the *Criminal Code*. Therefore, Mr. Paice's actions, being lawful by definition, would not trigger the manslaughter provision. That Mr. Bauck consented to go fight in the parking lot was not a contentious issue at trial. The legal question that arose was whether Mr. Paice

sur le pavé. Il n'a visiblement pas amorti sa chute et sa tête a semblé rebondir sur le pavé. Il a semblé à la plupart des témoins que ce premier coup avait mis M. Bauck hors de combat.

M. Paice s'est ensuite mis à califourchon sur M. Bauck, qui gisait sur le sol, et lui a assené deux autres coups, le troisième coup l'ayant plutôt effleuré. Après avoir été séparé de M. Bauck, M. Paice a continué à gueuler contre la victime, lançant des jurons et lui demandant s'il en voulait plus. Quelque temps après, M. Bauck est décédé des suites de ses blessures.

III. Analyse

Le juge du procès s'est rappelé correctement les éléments constitutifs de l'infraction d'homicide involontaire coupable. L'homicide involontaire coupable est un homicide coupable qui, aux termes de l'al. 222(5)*a*) du *Code criminel*, est commis lorsqu'une personne « cause la mort d'un être humain [. . .] au moyen d'un acte illégal ». En l'espèce, des voies de fait constituent l'acte illégal reproché. Suivant l'al. 265(1)*a*), commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, « d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement ». Le paragraphe 265(2) prévoit expressément que cet « article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris [. . .] [l']infliction de lésions corporelles ». Le paragraphe 265(3) ajoute qu'il y a absence de consentement dans certaines circonstances dont il n'est pas question en l'espèce.

Comme nous l'avons vu, M. Paice a tenté d'invoquer le consentement de M. Bauck à la bagarre pour échapper à la responsabilité criminelle. Il a fait valoir que les actes qu'il a accomplis pendant la bagarre ne constitueraient pas des voies de fait au sens du *Code criminel*, si M. Bauck avait consenti à l'emploi de la force. Par conséquent, du fait qu'ils seraient légaux par définition, les actes de M. Paice ne seraient pas visés par la disposition relative à l'homicide involontaire coupable. Au procès, personne n'a contesté que M. Bauck avait consenti à

could effectively rely on that consent in answer to a charge of manslaughter.

Consent, as it applies to an assault in Canada, involves more than a factual finding that the parties agreed to fight. In *Jobidon*, for policy reasons and on the basis of common law principles, this Court set a limit on the legal effectiveness of consent in cases of consensual fist fights between adults. *Jobidon* marked a significant development in the law of assault. Writing for the majority, Gonthier J. meticulously surveyed the English common law, Canadian jurisprudence and relevant policy considerations before crafting an appropriate restraint on the effect of a consent to a fist fight between two adults. The test is essentially an adaptation of the English approach, mindful of the application of the *Criminal Code*.

In dealing with the issue of consent, the trial judge reviewed *Jobidon* and relied expressly on the following excerpt from the decision of the English Court of Appeal in *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057, at p. 1059:

> . . . it is not in the public interest that people should try to cause or should cause each other actual bodily harm for no good reason. Minor struggles are another matter. So, in our judgment, it is immaterial whether the act occurs in private or in public; it is an assault if actual bodily harm is intended and/or caused. This means that most fights will be unlawful regardless of consent. [Emphasis added.]

However, the trial judge did not refer to the fact that this Court in *Jobidon* held that it was not open in Canada to adopt the English position without modification. The Court referred to the above-noted passage in the *Attorney General's Reference* case and stated, at p. 760:

aller se bagarrer dans le stationnement. La question de droit qui se posait était de savoir si M. Paice pouvait, en fait, invoquer ce consentement pour repousser une accusation d'homicide involontaire coupable.

10 La preuve du consentement en matière de voies de fait au Canada requiert davantage qu'une conclusion de fait que les parties ont accepté de se bagarrer. Dans l'arrêt *Jobidon*, notre Cour a invoqué des raisons de politique générale et des principes de common law pour restreindre l'effet juridique du consentement dans le cas des bagarres à coups de poing entre adultes consentants. L'arrêt *Jobidon* marque une évolution importante du droit en matière de voies de fait. S'exprimant au nom de la Cour à la majorité, le juge Gonthier a examiné attentivement la common law d'Angleterre, la jurisprudence canadienne et les considérations de politique générale pertinentes pour restreindre, de manière appropriée, l'effet du consentement à une bagarre à coups de poing entre deux adultes. Le critère représente essentiellement une adaptation de l'approche anglaise, qui tient compte de l'application du *Code criminel*.

11 En ce qui concerne la question du consentement, le juge du procès a examiné l'arrêt *Jobidon* et s'est fondé expressément sur l'extrait suivant de l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057, p. 1059 :

> [TRADUCTION] . . . il n'est pas dans l'intérêt public que les gens s'infligent ou tentent de s'infliger mutuellement de véritables lésions corporelles sans raison valable. Les accrochages sont autre chose. À notre avis, il importe donc peu de savoir si l'acte a été commis en public ou en privé; il y a voies de fait lorsqu'il y a l'intention ou le fait de causer de véritables lésions corporelles, ou les deux. Cela veut dire que la plupart des bagarres sont illégales, indépendamment du consentement. [Je souligne.]

Toutefois, le juge du procès n'a pas mentionné le fait que, dans l'arrêt *Jobidon*, notre Cour a statué que le Canada ne pouvait pas adopter la position anglaise sans la modifier. Après avoir mentionné l'extrait précité de l'arrêt *Attorney General's Reference*, la Cour a affirmé, à la p. 760 :

Attorney General's Reference makes it clear that a conviction of assault will not be barred if "bodily harm is intended and/or caused". Since this test is framed in the alternative, consent could be nullified even in situations where the assailant did not intend to cause the injured person bodily harm but did so inadvertently. In Canada, however, this very broad formulation cannot strictly apply, since the definition of assault in s. 265 is explicitly restricted to intentional application of force. Any test in our law which incorporated the English perspective would of necessity have to confine itself to bodily harm intended and caused. [Emphasis in original.]

L'affaire *Attorney General's Reference* montre clairement qu'on n'empêchera pas une déclaration de culpabilité de voies de fait s'il y a [TRADUCTION] « l'intention ou le fait de causer des lésions corporelles, ou les deux ». Étant donné que ce critère est présenté comme une alternative, le consentement pourrait être invalidé même dans le cas où l'assaillant n'avait pas l'intention de causer des lésions corporelles, mais l'a fait par inadvertance. Toutefois, au Canada, cette formulation très générale ne saurait s'appliquer tel quel, étant donné que la définition des voies de fait figurant à l'art. 265 est expressément limitée à l'utilisation intentionnelle de la force. Tout critère, dans notre droit, qui incorpore la conception anglaise doit nécessairement se limiter aux lésions corporelles voulues et causées. [Souligné dans l'original.]

12 Indeed, if the test were otherwise and a conviction possible if bodily harm were either intended or caused, the result would be to criminalize numerous activities that were never intended by Parliament to come within the ambit of the assault provisions and would go beyond the policy considerations identified in *Jobidon*. For example, if causation alone sufficed, a person who agreed to engage in a playful wrestling match with another could end up being criminally responsible if, even by accident, he caused serious bodily harm to the other during the course of play. This Court in *Jobidon* was very mindful not to overextend the application of the principle to like situations. Conversely, the intention to cause serious bodily harm alone cannot serve to negate the other person's consent to the application of force if, in fact, no bodily harm is caused. The activity, a consensual application of force that causes no serious bodily harm, would fall within the scope of the consent and not in any way fall within the *Code* definition of assault. Yet, it would be criminalized by judicial fiat. In my view, this would constitute an unwarranted extension of the principle in *Jobidon*.

En effet, s'il en était autrement et qu'il était possible de prononcer une déclaration de culpabilité dans le cas où des lésions corporelles ont été soit voulues soit causées, cela aurait pour effet de criminaliser de nombreuses activités que le législateur n'a jamais voulu assujettir aux dispositions en matière de voies de fait, en plus d'aller au-delà des considérations de politique générale décrites dans l'arrêt *Jobidon*. Par exemple, si le lien de causalité suffisait à lui seul, une personne qui accepterait de lutter avec quelqu'un pour plaisanter pourrait être tenue criminellement responsable si, pendant cette activité, elle causait, même accidentellement, des lésions corporelles graves à son adversaire. Dans l'arrêt *Jobidon*, notre Cour s'est bien gardée d'étendre démesurément l'application de ce principe à des situations semblables. À l'inverse, l'intention de causer des lésions corporelles graves ne peut pas, à elle seule, être invoquée pour annuler le consentement de l'autre personne à l'emploi de la force si, en fait, aucune lésion corporelle n'est causée. L'activité, à savoir l'emploi consensuel de la force qui ne cause aucune lésion corporelle grave, serait visée par le consentement, mais aucunement par la définition des voies de fait contenue dans le *Code*. Pourtant, elle serait criminalisée par décision judiciaire. À mon avis, ce serait là une extension injustifiée de l'application du principe de l'arrêt *Jobidon*.

13 With respect, I am of the view that the limits of the principle in *Jobidon* were not understood by the trial judge. After referring to the *Attorney General's Reference* case, the trial judge went on to explain

En toute déférence, j'estime que le juge du procès n'a pas saisi les limites du principe de l'arrêt *Jobidon*. Après avoir mentionné l'affaire *Attorney General's Reference*, le juge du procès a expliqué sa

his understanding of the principle in *Jobidon* and to apply it to this case. He stated the following:

What *Jobidon*, then, has developed is an understanding that no combatant in a fight can consent to another person causing him or her serious bodily harm or non-trivial harm. Resultantly, as was indicated numerous times throughout the *Jobidon* decision, there will only exist very rare situations where a fistfight, even though agreed to by both parties, will not be considered as an assault due to the presence of intended or actual harming of either of the combatants.

Applying the reasoning in *Jobidon* to the present case, I have found, just as the trial judge did in *Jobidon*, that both combatants to this fight intended to cause the other bodily harm that was serious and not trivial, and that, in fact, serious harm did occur. On that basis, I find that neither combatant was able to consent to the fistfight.

In coming to this conclusion, I am reminded that the accused testified that the deceased warned that he was going to "beat up" the accused, "kick his ass", or "break him up", and that similarly, the accused intended to "hit the deceased so that he would either retreat or give up", and that he would do so to "get the upper hand in the fight". The infliction of bodily harm of a non-trivial nature was, in my finding, certainly intended by both of these combatants. [Emphasis added.]

It is apparent from his reasons that the trial judge was of the view that the consent to a fist fight would be nullified by either an intention to cause serious bodily harm or an actual causing of such harm. The trial judge's misinterpretation of *Jobidon* is of no consequence to his conclusion that Mr. Paice could not rely on the deceased's consent in defence to the charge because the trial judge found that Mr. Paice both intended to cause serious bodily harm and, in fact, caused it. Hence, Mr. Paice could not argue that he had not committed the unlawful act of assault and his first defence failed. However, the trial judge's overextension of the principle in *Jobidon* led him into error in his subsequent consideration of the elements of self-defence.

compréhension du principe de l'arrêt *Jobidon* et l'a appliquée à la présente affaire. Voici ce qu'il a dit :

[TRADUCTION] L'arrêt *Jobidon* a donc établi que la personne qui participe à une bagarre ne saurait consentir à ce qu'une autre personne lui cause des lésions corporelles graves ou non négligeables. En conséquence, comme la Cour l'a indiqué à maintes reprises dans l'arrêt *Jobidon*, il arrivera très rarement que les bagarres à coups de poing, même entre adversaires consentants, ne seront pas considérées comme une attaque à cause des lésions voulues ou réelles subies par l'un ou l'autre adversaire.

Après avoir appliqué à la présente affaire le raisonnement suivi dans l'arrêt *Jobidon*, j'ai conclu, comme l'a fait le juge du procès dans *Jobidon*, que les deux adversaires qui se sont bagarrés avaient l'intention de s'infliger mutuellement des lésions corporelles graves et non négligeables, et qu'en fait des lésions graves ont été infligées. Pour ce motif, je conclus que ni l'un ni l'autre adversaire n'était en mesure de consentir à la bagarre à coups de poing.

En tirant cette conclusion, j'ai à l'esprit que l'accusé a témoigné que la victime l'a prévenu qu'elle allait le « passer à tabac », « lui botter le derrière » ou « le démolir », et que, de la même manière, l'accusé avait l'intention de « frapper la victime pour qu'elle s'enfuie ou abandonne la partie », et qu'il le ferait pour « gagner la bagarre ». J'estime que ces deux adversaires avaient sûrement l'intention d'infliger des lésions corporelles non négligeables. [Je souligne.]

14 Les motifs du juge du procès montrent qu'il considérait que l'intention de causer des lésions corporelles graves ou le fait de causer de telles lésions annulait le consentement à une bagarre à coups de poing. La façon erronée dont le juge du procès a interprété l'arrêt *Jobidon* n'a aucun effet sur sa conclusion que M. Paice ne pouvait pas invoquer le consentement de la victime pour repousser l'accusation portée contre lui, étant donné qu'il a décidé que M. Paice avait eu l'intention de causer des lésions corporelles graves et qu'en fait il en avait causé. M. Paice ne pouvait donc pas nier qu'il s'était livré à une attaque illégale et il n'y avait donc pas lieu de retenir son premier moyen de défense. Toutefois, l'extension démesurée de l'application du principe de l'arrêt *Jobidon* a eu pour effet d'induire le juge du procès en erreur dans son examen subséquent des éléments de la légitime défense.

15 After rejecting the defence of consent, the trial judge turned his attention to Mr. Paice's alternative argument that he had acted in self-defence. Section 34(1) of the *Criminal Code* was the sole provision considered by the trial judge. It reads as follows:

> **34.** (1) Every one who is unlawfully assaulted without having provoked the assault is justified in repelling force by force if the force he uses is not intended to cause death or grievous bodily harm and is no more than is necessary to enable him to defend himself.

For Mr. Paice to successfully argue self-defence under s. 34(1), it must first be found that he was unlawfully assaulted by Mr. Bauck.

16 The trial judge concluded that Mr. Bauck's actions "met the s. 265 requirements for assault". The Crown contended that Mr. Bauck's push of Mr. Paice was not an unlawful assault because, following the principles of *Jobidon*, Mr. Paice had consented to the application of force and no bodily harm was occasioned by the push. The trial judge rejected the Crown's position and was of the view that there could be no consent to the application of force unless both persons agreed or understood in advance that the anticipated bodily harm would remain within the bounds established in *Jobidon*. His reasons for concluding that Mr. Bauck had unlawfully assaulted Mr. Paice were the following:

> Having dealt with the issue of consent and concluded that it was not applicable, I am left with a situation where the deceased, without the consent of the accused, intentionally and directly applied force to the accused by pushing him backwards with open hands with sufficient force to knock him back several steps. The issue then turns on how to characterize the accused's reaction to the aggressor's actions. [Emphasis added.]

17 The trial judge then held that the accused's reaction to the assault was justified under s. 34(1) of the *Criminal Code*. He concluded that a closed fist punch to the head or an elbow to the head from a man of

Après avoir rejeté le moyen de défense fondé sur le consentement, le juge du procès a étudié l'argument subsidiaire de M. Paice voulant qu'il ait agi en état de légitime défense. Le paragraphe 34(1) du *Code criminel* est la seule disposition examinée par le juge du procès. En voici le texte :

> **34.** (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à employer la force qui est nécessaire pour repousser l'attaque si, en ce faisant, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves.

Il faut d'abord conclure que M. Paice a été attaqué illégalement par M. Bauck pour que son argument de la légitime défense prévue au par. 34(1) puisse être retenu.

Le juge du procès a décidé que les actes de M. Bauck [TRADUCTION] « remplissaient les conditions fixées par l'art. 265 pour qu'il y ait voies de fait, attaque ou agression ». Le ministère public a soutenu que la poussée que M. Bauck a donnée à M. Paice n'était pas une attaque illégale du fait que, selon les principes de l'arrêt *Jobidon*, M. Paice avait consenti à l'emploi de la force et que la poussée n'avait causé aucune lésion corporelle. Le juge du procès a rejeté le point de vue du ministère public, estimant qu'il ne saurait y avoir de consentement à l'emploi de la force à moins que les deux personnes n'aient préalablement accepté et compris que les lésions corporelles anticipées respecteraient les limites établies dans l'arrêt *Jobidon*. Ses raisons de conclure que M. Bauck avait attaqué illégalement M. Paice étaient les suivantes :

> [TRADUCTION] Après avoir examiné la question du consentement et avoir conclu qu'elle ne se posait pas, je suis confronté à une situation où la victime a, d'une manière intentionnelle, employé la force directement contre l'accusé sans son consentement, en le poussant avec les mains ouvertes avec suffisamment de force pour lui faire perdre l'équilibre et le faire reculer de plusieurs pas. Il faut alors se demander comment la réaction de l'accusé aux actes de l'agresseur doit être qualifiée. [Je souligne.]

Le juge du procès a ensuite décidé que la réaction de l'accusé à l'attaque était justifiée eu égard au par. 34(1) du *Code criminel*. Il a conclu que le coup qu'un homme de stature et d'âge légèrement moindres que

slightly less stature and age than his aggressor was within the threshold of force permitted by s. 34(1) and, in this case, was not intended to cause death or grievous bodily harm. He viewed the subsequent blows as part of one single transaction because there was no significant time interval between the first and last blows thrown.

ceux de son agresseur avait porté à la tête de ce dernier, avec un poing fermé ou avec le coude, respectait la norme de force autorisée par le par. 34(1), et qu'en l'espèce ce coup n'était pas censé causer la mort ou des lésions corporelles graves. Il a considéré que les coups portés subséquemment faisaient partie d'une seule opération parce qu'aucun laps de temps important ne s'était écoulé entre le premier et le dernier coup.

Two errors emerge from the trial judge's analysis on self-defence. First, his conclusion that Mr. Bauck's pushing of Mr. Paice was an unlawful assault because it was "without the consent of the accused" was based on his legal conclusion that neither party could rely on the consent of the other because they each had entered the fight with the intention to cause serious bodily harm to the other. This conclusion stems from the trial judge's misinterpretation of the principle in *Jobidon*. *Jobidon* requires serious harm both intended and caused for consent to be vitiated. Whether or not Mr. Bauck intended to cause serious bodily harm to Mr. Paice, he did not in fact do so. Had the fight been interrupted after the initial push, Mr. Bauck would have been entitled to rely on Mr. Paice's consent, assuming he did in fact consent, in answer to a charge of assault. Likewise, had Mr. Paice's reaction to the push not resulted in any serious bodily harm, he would not have been guilty of assault. As technical as it may appear, s. 34(1), by its terms, requires this step-by-step analysis of what transpired in the parking lot.

18 Deux erreurs se dégagent de l'analyse de la légitime défense effectuée par le juge du procès. Premièrement, sa conclusion que la poussée donnée à M. Paice par M. Bauck était une attaque illégale parce qu'elle avait été donnée [TRADUCTION] « sans le consentement de l'accusé » reposait sur sa conclusion de droit qu'aucune partie n'était en mesure d'invoquer le consentement de l'autre partie parce qu'en participant à la bagarre elles avaient toutes les deux eu l'intention de s'infliger mutuellement des lésions corporelles graves. Cette conclusion résulte de la façon erronée dont le juge du procès a interprété le principe établi dans l'arrêt *Jobidon*. L'arrêt *Jobidon* précise que, pour que le consentement soit vicié, il faut que des lésions graves aient été à la fois voulues et causées. Peu importe que M. Bauck ait eu ou n'ait pas eu l'intention de causer des lésions corporelles graves à M. Paice, en fait, il n'en a pas causé. Si la bagarre avait cessé après la poussée initiale, M. Bauck aurait eu le droit d'invoquer le consentement de M. Paice — à supposer que celui-ci ait effectivement consenti — pour repousser une accusation de voies de fait. De même, M. Paice ne se serait pas rendu coupable de voies de fait si sa réaction à la poussée qu'il s'était fait donner ne s'était pas soldée par des lésions corporelles graves. Aussi technique qu'il puisse paraître, le par. 34(1) requiert, de par sa formulation, cette analyse progressive de ce qui s'est passé dans le stationnement.

Because the trial judge based his finding on this initial question of whether Mr. Paice had been unlawfully assaulted solely on the legal conclusion he had reached on the issue of consent, he never inquired into whether Mr. Paice had in fact consented to the fight. The following aspects of his reasons cause me to question whether the trial judge ever came to a conclusion on this issue. At one point

19 Étant donné que sa conclusion sur la question initiale de savoir si M. Paice avait été attaqué illégalement reposait uniquement sur la conclusion de droit qu'il avait tirée à l'égard de la question du consentement, le juge du procès ne s'est jamais demandé si M. Paice avait, en fait, consenti à la bagarre. Les aspects suivants de ses motifs m'incitent à me demander si le juge du procès a jamais tiré une

in his reasons for judgment, the trial judge stated that "[a]part from the above finding [his finding that neither party was capable of consenting to the fight], there is no dispute that it was the deceased who was the aggressor, vis-à-vis, the accused throughout the incident." Further, his findings of fact as to what transpired in the bar before the parties stepped outside to fight are rather inconclusive on the question of Mr. Paice's consent, if any. Mr. Paice's actual consent is, of course, crucial to the unlawfulness of Mr. Bauck's push. However, as stated above, by starting with a legal conclusion determinative of the issue, the question of Mr. Paice's consent never received the attention it demanded.

20 The second error in the trial judge's analysis on the s. 34(1) self-defence is the following. The trial judge did not address the question of provocation. An accused can only rely on s. 34(1) if he was unlawfully assaulted "without having provoked the assault". Under s. 36 of the *Criminal Code*, provocation includes "provocation by blows, words or gestures". The defence of self-defence under s. 34(1) is expansive and allows a person to repel force by force as is necessary to enable him to defend himself without the necessity of the apprehension of death or grievous bodily harm. So long as the force used is not itself intended to cause death or grievous bodily harm, the conduct will be justified. Section 34(1) is only available where the accused is an innocent victim who has been assaulted without having provoked the assault. Where a person willingly engages in mutual combat, he cannot later say that he did not provoke the assault: see *R. v. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219 (Ont. C.A.), *per* Martin J.A., rev'd on other grounds, [1977] 2 S.C.R. 13. Again, the question of provocation, on the facts of this case, is largely dependent on whether Mr. Paice consented to the fight.

21 The Court of Appeal held that s. 34(1) was not available to Mr. Paice based, not on the trial judge's

conclusion à ce propos. À un endroit de ses motifs de jugement, il affirme que [TRADUCTION] « [o]utre la conclusion qui précède [sa conclusion qu'aucune des parties n'était en mesure de consentir à la bagarre], personne ne conteste que, par rapport à l'accusé, c'est la victime qui a été l'agresseur tout le long de l'épisode. » De plus, ses conclusions de fait sur ce qui s'est passé dans le bar avant que les parties aillent se battre à l'extérieur ne sont pas vraiment déterminantes en ce qui concerne la question du consentement de M. Paice, à supposer qu'il ait consenti. Il va sans dire que le consentement véritable de M. Paice est crucial pour déterminer si la poussée donnée par M. Bauck était illégale. Toutefois, comme nous l'avons vu, en commençant par tirer une conclusion de droit déterminante à cet égard, le juge n'a jamais accordé l'attention requise à la question du consentement de M. Paice.

La deuxième erreur que le juge du procès a commise en analysant la légitime défense prévue au par. 34(1) est la suivante : il n'a pas abordé la question de la provocation. Un accusé ne peut invoquer le par. 34(1) que s'il a été illégalement attaqué « sans provocation de sa part ». Aux termes de l'art. 36 du *Code criminel*, la provocation comprend « celle faite par des coups, des paroles ou des gestes ». La légitime défense prévue au par. 34(1) a un sens large et permet à la personne attaquée d'employer la force nécessaire pour se défendre, sans qu'aucune crainte préalable de mourir ou de subir des lésions corporelles graves soit nécessaire. La conduite adoptée est justifiée dans la mesure où la force employée n'a pas pour but de causer la mort ou des lésions corporelles graves. Le paragraphe 34(1) ne peut être invoqué que dans le cas où l'accusé est une victime innocente qui a été attaquée sans provocation de sa part. La personne qui décide de participer à un échange de coups ne peut pas, par la suite, affirmer qu'elle n'a pas provoqué l'attaque : voir *R. c. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219 (C.A. Ont.), le juge Martin, inf. pour d'autres motifs, [1977] 2 R.C.S. 13. Là encore, d'après les faits de la présente affaire, la question de la provocation dépend largement de la question de savoir si M. Paice a consenti à la bagarre.

La conclusion de la Cour d'appel selon laquelle M. Paice ne pouvait pas invoquer le par. 34(1)

failure to deal with the issue, but on its own assessment of the evidence. First, Gerwing J.A. concluded that Mr. Paice could not be said to be the victim of an unprovoked assault. She stated, at para. 11:

> Any other conclusion, based on the findings of fact by the trial judge would not meet the standard in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; 78 N.R. 351, that is it would be an unreasonable result unsupported by the evidence.

With respect, *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, has no application here. The test in *Yebes* relates to the question of whether a verdict is unreasonable on an appeal taken under s. 686(1)(*a*)(i), which does not include appeals from acquittals. Therefore, "an unreasonable result unsupported by the evidence" is not a proper ground for appeal where the trial judge's verdict was to acquit. Nor is the test one to be applied to individual findings of fact. In my view, it was not open to the Court of Appeal to determine the question of provocation based on its own view of the evidence in the absence of a definitive finding by the trial judge that Mr. Paice consented to the fight.

Second, the Court of Appeal was of the view that, on the evidence, the only conclusion that could be reached was that Mr. Paice had in fact intended grievous bodily harm. Applying the standard in *Yebes*, the Court of Appeal concluded that the "serious harm" mentioned by the trial judge in the context of consent must, in this case, be the same as "grievous bodily harm" within the meaning of s. 34(1), notwithstanding his express conclusion that Mr. Paice had not intended death or grievous bodily harm. The Court of Appeal reasoned as follows, at para. 12:

> The inflicting of a hard blow leading to someone falling on the pavement and his head bouncing on it, followed by no reaction on the part of the fallen person with two further blows to the head, all facts found by the trial judge, lead to the conclusion that in this case, at least, the serious bodily harm is the same as "grievous bodily harm" under s. 34(1). Any other conclusion, based on the

reposait sur sa propre appréciation de la preuve et non sur l'omission du juge du procès d'examiner la question. Premièrement, la juge Gerwing a conclu qu'on ne pouvait pas dire que M. Paice avait été victime d'une attaque sans provocation de sa part. Elle a affirmé ceci, au par. 11 :

> [TRADUCTION] Compte tenu des conclusions de fait du juge du procès, toute autre conclusion ne respecterait pas le critère de l'arrêt *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, 78 N.R. 351, en ce sens qu'elle constituerait un résultat déraisonnable qui ne s'appuie pas sur la preuve.

En toute déférence, l'arrêt *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, ne s'applique pas en l'espèce. Le critère de l'arrêt *Yebes* est applicable pour décider si un verdict est déraisonnable dans le cadre d'un appel fondé sur le sous-al. 686(1)*a*)(i), qui ne vise pas les appels interjetés contre des acquittements. En conséquence, [TRADUCTION] « un résultat déraisonnable qui ne s'appuie pas sur la preuve » n'est pas un moyen d'appel légitime dans le cas où le juge du procès a prononcé un verdict d'acquittement. Le critère ne doit pas non plus s'appliquer à des conclusions de fait prises isolément. À mon avis, en l'absence de conclusion définitive du juge du procès voulant que M. Paice ait consenti à la bagarre, la Cour d'appel ne pouvait pas trancher la question de la provocation en fonction de sa propre perception de la preuve.

22 Deuxièmement, la Cour d'appel a estimé que la preuve permettait seulement de conclure qu'en fait M. Paice avait eu l'intention de causer des lésions corporelles graves. Appliquant le critère de l'arrêt *Yebes*, la Cour d'appel a considéré qu'en l'espèce les « lésions graves » que le juge du procès a mentionnées dans le contexte du consentement sont nécessairement des « lésions corporelles graves » au sens du par. 34(1), et ce, en dépit de sa conclusion expresse que M. Paice n'avait pas eu l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves. La Cour d'appel donne l'explication suivante, au par. 12 :

> [TRADUCTION] Le coup violent assené à une personne qui, en tombant, se heurte la tête sur le pavé, ainsi que les deux autres coups portés à la tête de cette personne alors qu'elle gît immobile sur le sol — des faits qui ont tous été constatés par le juge du procès —, amènent à conclure que, dans la présente affaire, du moins, les lésions corporelles graves correspondent à des « lésions corporelles

judge's fact finding, again would not meet the standard of *Yebes*.

Again here, the Court of Appeal misapplied the principle in *Yebes*. Further, the court seemed to conflate the question of intention with the consequences of the act. There is nothing in the trial judge's reasons that would suggest that he was of the view that Mr. Paice intended what actually happened. In any event, these are all questions to be determined afresh based on the evidence at the new trial.

IV. Disposition

23 For these reasons, I would confirm the order for a new trial and dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

24 Like Justice Charron, I would dismiss the appeal and affirm the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal ((2003), 238 Sask. R. 195, 2003 SKCA 89). In reaching this conclusion, however, I find it unnecessary to rely on the passage from *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, cited by my colleague at para. 11 of her reasons.

25 For ease of reference, I reproduce that passage here:

> *Attorney General's Reference* makes it clear that a conviction of assault will not be barred if "bodily harm is intended and/or caused". Since this test is framed in the alternative, consent could be nullified even in situations where the assailant did not intend to cause the injured person bodily harm but did so inadvertently. In Canada, however, this very broad formulation cannot strictly apply, since the definition of assault in s. 265 is explicitly restricted to intentional application of force. Any test in our law which incorporated the English perspective would of necessity have to confine itself to bodily harm intended and caused. [Emphasis in *Jobidon*.]

graves » au sens du par. 34(1). Là encore, compte tenu des conclusions de fait du juge du procès, toute autre conclusion ne respecterait pas le critère de l'arrêt *Yebes*.

Je répète que la Cour d'appel a mal appliqué le principe de l'arrêt *Yebes*. De plus, elle semble avoir confondu la question de l'intention et les conséquences de l'acte. Rien dans les motifs du juge du procès n'indique qu'il était d'avis que M. Paice avait eu l'intention de causer ce qui s'est réellement produit. Quoi qu'il en soit, ces questions devront toutes être tranchées à nouveau en fonction de la preuve qui sera présentée au nouveau procès.

IV. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de confirmer l'ordonnance de nouveau procès et de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

À l'instar de la juge Charron, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan ((2003), 238 Sask. R. 195, 2003 SKCA 89). Cependant, pour arriver à cette conclusion, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de se fonder sur l'extrait de l'arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, que ma collègue cite au par. 11 de ses motifs.

Je reproduis cet extrait pour en faciliter la consultation :

> L'affaire *Attorney General's Reference* montre clairement qu'on n'empêchera pas une déclaration de culpabilité de voies de fait s'il y a [TRADUCTION] « l'intention ou le fait de causer des lésions corporelles, ou les deux ». Étant donné que ce critère est présenté comme une alternative, le consentement pourrait être invalidé même dans le cas où l'assaillant n'avait pas l'intention de causer des lésions corporelles, mais l'a fait par inadvertance. Toutefois, au Canada, cette formulation très générale ne saurait s'appliquer tel quel, étant donné que la définition des voies de fait figurant à l'art. 265 est expressément limitée à l'utilisation intentionnelle de la force. Tout critère, dans notre droit, qui incorpore la conception anglaise doit nécessairement se limiter aux lésions corporelles voulues et causées. [Soulignements dans l'arrêt *Jobidon*.]

This passage raises two difficulties. The first relates to the fault element of assault in Canada. It is true, of course, that s. 265(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that a person commits an assault when, "without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly". In virtue of s. 265(2), this requirement — the intentional application of force — applies to all forms of assault. Accordingly, the fault element of assault causing bodily harm, set out in s. 267 of the *Code*, is an intentional application of force: where bodily harm ensues, a conviction will lie even if the accused, in committing the assault, neither intended nor foresaw that consequence. For an interesting discussion of this issue, see D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at pp. 263-65.

26 Ce passage pose deux difficultés. La première difficulté concerne l'élément de faute de l'infraction de voies de fait au Canada. Certes, il est vrai qu'aux termes de l'al. 265(1)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression quiconque, « d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement ». En vertu du par. 265(2), cette condition — l'emploi intentionnel de la force — s'applique à toutes les espèces de voies de fait. Par conséquent, l'élément de faute de l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles, énoncé à l'art. 267 du *Code*, est l'emploi de la force intentionnel : lorsqu'il s'ensuit des lésions corporelles, l'accusé sera déclaré coupable même si, en se livrant aux voies de fait, il n'a ni voulu ni prévu cette conséquence. Pour une analyse intéressante de cette question, voir D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (4e éd. 2001), p. 263-265.

In this light, I am reluctant to ground our conclusion in this case on the assertion in *Jobidon* that "[a]ny test in our law which incorporated the English perspective would of necessity have to confine itself to bodily harm intended and caused" (p. 760 (emphasis in original)).

27 Dans ce contexte, j'hésite à fonder la conclusion à laquelle nous arrivons en l'espèce sur l'affirmation de l'arrêt *Jobidon*, selon laquelle « [t]out critère, dans notre droit, qui incorpore la conception anglaise doit nécessairement se limiter aux lésions corporelles voulues et causées » (p. 760 (souligné dans l'original)).

Second, I see no reason of policy or principle for distinguishing in the context that concerns us here between two participants in a consensual fist fight who, both intending to cause serious harm or injury, swing simultaneously at one another with varying degrees of success — one breaking the other's nose for example, and the second merely inflicting a bruise. I would find it incongruous to hold, on the strength of *Jobidon*, that the consent of only one of these willing combatants is vitiated, though both intended to cause bodily harm and both pursued their shared objective with equal force and determination.

28 Deuxièmement, dans le contexte qui nous occupe, je ne vois aucune raison de politique générale ou de principe d'établir une distinction entre deux adversaires consentants qui se battent à coups de poing et qui, dans le but de s'infliger mutuellement des lésions ou blessures graves, se décochent des coups de poing avec plus ou moins de succès — l'un fracturant le nez de l'autre, par exemple, et l'autre ne parvenant qu'à infliger une ecchymose. À mon avis, il serait incongru de conclure, sur la foi de l'arrêt *Jobidon*, au caractère vicié du consentement d'un seul de ces adversaires consentants, bien qu'ils aient eu tous les deux l'intention de causer des lésions corporelles et qu'ils aient tous les deux tenté avec la même force et la même détermination de réaliser leur objectif commun.

29 In mentioning these concerns, I do not wish to be taken to favour the adoption in Canada of the rule laid down by the English Court of Appeal in *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057, which is set out by Charron J. at para. 11 of her reasons. The importation of that common law rule, even as modified in the passage I have cited for *Jobidon*, raises difficult issues that we are not required, nor even invited, to consider afresh in this case. I refer in this regard to the reasons of Sopinka J. in *Jobidon*, concurring in the result but on different grounds.

En mentionnant ces préoccupations, je ne veux pas que l'on croie que je préconise l'adoption, au Canada, de la règle établie par la Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)*, [1981] 2 All E.R. 1057, et énoncée par la juge Charron au par. 11 de ses motifs. L'importation de cette règle de common law, même sous sa forme modifiée dans l'extrait précité de l'arrêt *Jobidon*, soulève des questions difficiles sur lesquelles nous ne sommes ni tenus de revenir en l'espèce, ni même invités à le faire. À ce propos, je renvoie aux motifs que le juge Sopinka, souscrivant au résultat mais pour des raisons différentes, a rédigés dans l'arrêt *Jobidon*.

II

II

30 The trial judge acquitted the appellant in virtue of s. 34(1) of the *Criminal Code*, which reads:

Le juge du procès a acquitté l'appelant en application du par. 34(1) du *Code criminel*, dont voici le texte :

34. (1) Every one who is unlawfully assaulted without having provoked the assault is justified in repelling force by force if the force he uses is not intended to cause death or grievous bodily harm and is no more than is necessary to enable him to defend himself.

34. (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à employer la force qui est nécessaire pour repousser l'attaque si, en ce faisant, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves.

31 The Saskatchewan Court of Appeal set aside the appellant's acquittal at trial on two grounds: first, that the trial judge overlooked the unprovoked assault requirement of s. 34(1); second, that he erred in law with respect to the meaning of "grievous bodily harm" in that provision.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a annulé, pour deux raisons, l'acquittement de l'appelant prononcé à l'issue du procès : d'abord, parce que le juge du procès n'a pas tenu compte de l'exigence du par. 34(1) que l'attaque ait eu lieu sans provocation; ensuite, parce qu'il a commis une erreur de droit quant au sens de l'expression « lésions corporelles graves » contenue dans cette disposition.

32 Like Charron J., I agree with the conclusion of the Court of Appeal on the first point and, as to the governing principles, expressly adopt my colleague's analysis at para. 20 of her reasons. In my respectful view, the appellant's acquittal at trial must be set aside on this ground alone.

À l'instar de la juge Charron, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel sur le premier point et, en ce qui concerne les principes applicables, je souscris expressément à l'analyse qu'effectue ma collègue au par. 20 de ses motifs. En toute déférence, j'estime que l'acquittement de l'appelant à l'issue du procès doit être annulé pour cette seule raison.

III

III

33 On the second point, the trial judge concluded that the appellant intended to cause Mr. Bauck serious bodily harm and that he, in fact caused

Quant au deuxième point, le juge du procès a conclu que l'appelant avait eu l'intention de causer des lésions corporelles graves (« *serious* ») à

Mr. Bauck's death. This was an understandable, if not inevitable, conclusion.

In this regard, the trial judge stated:

. . . I have found, just as the trial judge did in *Jobidon*, that both combatants to this fight intended to cause the other bodily harm that was serious and not trivial, and that, in fact, serious harm did occur.

The trial judge nonetheless concluded that the appellant, while intending to cause the deceased serious bodily harm, did not intend to cause him "grievous bodily harm" within the meaning of s. 34(1) of the *Criminal Code*.

Section 2 of the *Criminal Code* defines "bodily harm" as

any hurt or injury to a person that interferes with the health or comfort of the person and that is more than merely transient or trifling in nature.

"Grievous bodily harm" is nowhere defined in the *Code*.

Dealing with this aspect of the matter, Gerwing J.A., in delivering the reasons of the Court of Appeal, stated (at para. 12):

Another reason that the application of s. 34(1) is inappropriate, in our view, is that for it to apply it must be shown that the respondent did not use force that was intended to cause grievous bodily harm. The Crown urged us to accept a definition from *R. v. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211 (B.C.C.A.), defining "grievous bodily harm" as "serious hurt or pain". Similar comments were made by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Martineau* (1988), 89 A.R. 162; 43 C.C.C. (3d) 417 (C.A.). While there may be a nuance in "grievous" beyond serious, it having been defined sometimes as "very serious", if any such difference existed here, the trial judge did not indicate what it was and it seems on the facts impossible to find it. He concluded that the respondent intended to inflict "serious harm" and indeed did do so. The inflicting of a hard blow leading to someone falling on the pavement and his head bouncing on it, followed by no reaction on the part of the fallen person with two further blows to the head, all facts found by the trial judge, lead to the conclusion that in this case, at least, the serious bodily harm is the same as "grievous bodily harm" under s. 34(1). Any other

M. Bauck et qu'il avait, en fait, causé la mort de ce dernier. Cette conclusion était compréhensible, voire inévitable.

À cet égard, le juge du procès a affirmé : 34

[TRADUCTION] . . . j'ai conclu, comme l'a fait le juge du procès dans *Jobidon*, que les deux adversaires qui se sont bagarrés avaient l'intention de s'infliger mutuellement des lésions corporelles graves et non négligeables, et qu'en fait des lésions graves ont été infligées.

Le juge du procès a néanmoins décidé que, même s'il avait eu l'intention de causer des lésions corporelles graves (« *serious* ») à la victime, l'appelant n'avait pas eu l'intention de lui causer des « lésions corporelles graves » (« *grievous* ») au sens du par. 34(1) du *Code criminel*. 35

L'article 2 du *Code criminel* donne la définition suivante des « lésions corporelles » : 36

Blessure qui nuit à la santé et au bien-être d'une personne et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance.

Il n'existe aucune définition de l'expression « lésions corporelles graves » dans le *Code*.

Au sujet de cet aspect de la question, la juge Gerwing, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel, a affirmé ceci (par. 12) : 37

[TRADUCTION] Selon nous, une autre raison pour laquelle il ne convient pas d'appliquer le par. 34(1) est que, pour qu'il s'applique, il faut démontrer que l'intimé n'a pas employé une force censée causer des lésions corporelles graves. Le ministère public nous a invités à accepter une définition tirée de l'arrêt *R. c. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211 (C.A.C.-B.), selon laquelle l'expression « lésions corporelles graves » désigne « une blessure ou douleur sérieuse ». La Cour d'appel de l'Alberta a fait des commentaires similaires dans l'arrêt *R. c. Martineau* (1988), 89 A.R. 162; 43 C.C.C. (3d) 417 (C.A.). Quoiqu'il puisse y avoir une nuance dans le qualificatif « grave » au sens de plus que sérieux, du fait que l'on ait parfois considéré qu'il signifiait « très sérieux », si jamais une telle différence existait en l'espèce, le juge du procès n'en a pas indiqué la nature et, d'après les faits, il semble impossible de la découvrir. Il a décidé que l'intimé avait eu l'intention de causer des « lésions sérieuses » et qu'il était parvenu à le faire. Le coup violent assené à une personne qui, en tombant, se heurte la tête sur le pavé, ainsi que les deux autres coups portés à la tête de cette personne alors

conclusion, based on the judge's fact finding, again would not meet the standard of *Yebes*.

38 The appellant submits that the Court of Appeal erred in applying to this case the standard of review set out in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, both here and in dealing with the issue of provocation. With respect, I agree. *Yebes* dealt with the powers of a court of appeal under s. 686(1)(*a*)(i) of the *Criminal Code*. That provision empowers the court, on an appeal against a conviction, to set aside the verdict if it is "unreasonable or cannot be supported by the evidence" and the governing test is "whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered" (*Yebes*, at p. 186). The *Criminal Code*, however, does not vest in courts of appeal any equivalent or analogous power on an appeal by the Crown against an acquittal, as in this case: the Crown, respondent in this Court, was the appellant in the Court of Appeal.

39 Mr. Paice, the appellant in this Court, contends that the Court of Appeal erred as well in substituting its own view of the evidence for that of the trial judge. I see no merit in this submission.

40 Finally, Mr. Paice urges us to find that the trial judge understood, and applied correctly, the notion of "grievous bodily harm" contemplated by s. 34(1) of the *Criminal Code*. Considering the trial judge's reasons as a whole, I am not persuaded that he did. I find it unnecessary, however, to express a decided view on this branch of the matter, since I have concluded that a new trial must in any event be had because the trial judge failed to consider whether the appellant was assaulted by the victim "without having provoked the assault", as required by s. 34(1).

41 For the guidance of the judge who will preside at the appellant's new trial, I nonetheless believe it

qu'elle gît immobile sur le sol — des faits qui ont tous été constatés par le juge du procès —, amènent à conclure que, dans la présente affaire, du moins, les lésions corporelles graves correspondent à des « lésions corporelles graves » au sens du par. 34(1). Là encore, compte tenu des conclusions de fait du juge du procès, toute autre conclusion ne respecterait pas le critère de l'arrêt *Yebes*.

L'appelant fait valoir que la Cour d'appel a eu tort d'appliquer, à la fois à ce stade et en examinant la question de la provocation, le critère d'examen établi dans l'arrêt *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168. En toute déférence, je partage cet avis. L'arrêt *Yebes* traite des pouvoirs dont le sous-al. 686(1)*a*)(i) du *Code criminel* investit une cour d'appel. Cette disposition habilite la cour, lors de l'appel d'une déclaration de culpabilité, à annuler le verdict s'il est « déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve », et le critère applicable consiste à se demander « si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre » (*Yebes*, p. 186). Cependant, le *Code criminel* n'investit pas les cours d'appel d'un pouvoir équivalent ou analogue dans le cas où, comme en l'espèce, il est question de l'appel d'un acquittement interjeté par le ministère public : le ministère public, intimé devant notre Cour, était l'appelant devant la Cour d'appel.

M. Paice, qui est l'appelant devant notre Cour, soutient que la Cour d'appel a également eu tort de substituer sa propre perception de la preuve à celle du juge du procès. À mon avis, cet argument n'est pas fondé.

Enfin, M. Paice nous invite à conclure que le juge du procès a saisi et appliqué correctement la notion de « lésions corporelles graves » dont il est question au par. 34(1) du *Code criminel*. Compte tenu de l'ensemble des motifs du juge du procès, je ne suis pas convaincu que ce soit le cas. Toutefois, je ne juge pas nécessaire d'exprimer une opinion décisive sur cet aspect de l'affaire, étant donné ma conclusion qu'un nouveau procès est requis en tout état de cause du fait que le juge du procès ne s'est pas demandé si l'appelant avait été attaqué par la victime « sans provocation de sa part », comme l'exige le par. 34(1).

Afin de guider le juge qui présidera le nouveau procès de l'appelant, je considère néanmoins utile

helpful to add that "grievous bodily harm", within the meaning of ss. 34 and 35 of the *Criminal Code*, is not limited to harm or injury that is permanent or life-threatening. In ordinary usage, "grievous" bodily harm means harm or injury that is "very severe or serious": see *The Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), at p. 664. These terms respect the statutory context in which that expression was adopted by Parliament in the relevant provisions of the *Code*.

IV

I am satisfied that the trial judge, but for the first of the two errors of law identified by the Court of Appeal, might very well have reached a different conclusion.

Accordingly, as mentioned at the outset, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: McDougall Gauley, Regina.

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

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

d'ajouter que l'expression « *grievous bodily harm* » (« lésions corporelles graves »), utilisée aux art. 34 et 35 du *Code criminel*, ne vise pas seulement les lésions ou blessures permanentes ou mettant la vie en danger. Dans le langage courant, « *grievous* » signifie « *very severe or serious* » (« très grave ou très sérieux ») : voir *The Canadian Oxford Dictionary* (2e éd. 2004), p. 664. Cette interprétation s'accorde donc avec le contexte dans lequel le législateur a adopté l'expression « *grievous bodily harm* » dans les dispositions applicables du *Code*.

IV

42 Je suis convaincu que, n'eût été la première des deux erreurs de droit relevées par la Cour d'appel, le juge du procès aurait très bien pu arriver à une conclusion différente.

43 Par conséquent, comme je l'ai mentionné au départ, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : McDougall Gauley, Regina.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

Sameer Mapara *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada and Attorney General of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* MAPARA

Neutral citation: 2005 SCC 23.

File No.: 29750.

2004: December 16; 2005: April 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Co-conspirator's exception — Double hearsay — Whether co-conspirator's exception to hearsay rule meets requirements of principled approach to hearsay — Whether double hearsay evidence of co-conspirator lacked necessity or reliability in circumstances of this case and ought to have been excluded.

Criminal law — Evidence — Admissibility — Interception of communications — Three-way communication — Named person in wiretap authorization initiating phone call with third party — Named person and accused alternately speaking with third party during call — Authorization requiring police to stop listening when named person not party to communication — Whether intercepts of telephone conversation between accused and third party should have been excluded — Whether named person still party to communication.

The accused and his co-conspirators, including B, W and C, were charged with first degree murder. The victim was shot to death in the accused's car lot. The Crown alleged that the accused's part in the conspiracy was to

Sameer Mapara *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada et procureur général de l'Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* MAPARA

Référence neutre : 2005 CSC 23.

N° du greffe : 29750.

2004 : 16 décembre; 2005 : 27 avril.

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

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Ouï-dire — Exception relative aux coconspirateurs — Ouï-dire double — L'exception relative aux coconspirateurs respecte-t-elle les exigences de la méthode raisonnée applicable en matière de ouï-dire? — Est-ce qu'en l'espèce la preuve par double ouï-dire émanant d'un coconspirateur ne présentait pas les conditions requises en matière de fiabilité ou de nécessité et aurait dû être écartée?

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Interception de communications — Échange à trois — Appel téléphonique à un tiers initié par une personne nommée dans l'autorisation d'écoute électronique — Cette personne et l'accusé parlent tour à tour avec le tiers durant l'appel — Selon l'autorisation, les policiers devaient cesser d'écouter lorsque la personne nommée dans l'autorisation ne participait pas à la conversation — Les portions de la conversation téléphonique au cours desquelles l'accusé et le tiers parlaient ensemble auraient-elles dû être écartées? — La personne nommée dans l'autorisation continuait-elle d'être partie à la communication?

L'accusé et ses coconspirateurs, y compris B, W et C, ont été inculpés de meurtre au premier degré. La victime a été abattue dans le terrain de voitures de l'accusé. Le ministère public a prétendu que le rôle de l'accusé dans le

lure the victim to the lot. At the accused's trial, B testified that prior to the murder, W had told him that the accused had a job for them. The Crown's evidence also included an intercepted phone call between W and C, a target named in the wiretap authorization. During the call, C and the accused spoke alternately with W. At the same time, the accused received a call on his own phone from the victim and the accused's side of the conversation was picked up by the wiretap. He told the victim to meet him at the lot in 15 minutes and then informed W about this arrangement. Although the authorization required the monitor not to listen if C was not a party to the call, the trial judge held that C had never ceased to be a party to this call and admitted the wiretap evidence. The accused was convicted of first degree murder and the Court of Appeal upheld the conviction.

Held: The appeal should be dismissed. The co-conspirator's evidence and the wiretap evidence were admissible.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Abella and Charron JJ.: Even when it applies to double hearsay, the co-conspirator's exception to the hearsay rule as set out in *Carter* meets the necessity and reliability requirements of the principled approach to hearsay and should not be set aside or altered. Necessity arises from the combined effect of the non-compellability of a co-accused, the undesirability of trying co-conspirators separately, and the evidentiary value of contemporaneous declarations made in furtherance of a conspiracy. Reliability is satisfied by the *Carter* rule. The two-step *Carter* approach allows the trier of fact to consider a co-conspirator's hearsay statement made in furtherance of the conspiracy only after he or she has found (1) beyond a reasonable doubt, that the conspiracy existed and (2), based only on direct evidence against the accused, that the accused was probably a member of it. The *Carter* approach does not simply amount to corroborating the statement in issue but provides circumstantial indicators of reliability. This approach is fair to accused persons and allows effective prosecutions of conspiracies. It also avoids the delays and difficulties in trial procedure that would arise if, with respect to admissibility, the necessity and reliability of particular pieces of hearsay evidence were to be decided on a case-by-case basis. Finally, the accused did not establish that B's testimony constitutes one of those rare or exceptional cases where evidence falling within a valid exception to the hearsay rule does not, in the peculiar circumstances of the case, contain the indicia of necessity and reliability necessary for the

complot avait constitué à attirer la victime à cet endroit. Au cours du procès de l'accusé, B a témoigné que, avant le meurtre, W lui avait dit que l'accusé avait un travail pour eux. La preuve du ministère public incluait également l'enregistrement d'un appel téléphonique entre W et C, ce dernier étant nommé comme cible dans l'autorisation d'écoute électronique. Durant l'appel, C et l'accusé ont tour à tour parlé avec W. Toujours durant l'appel, l'accusé a reçu, sur son propre téléphone, un coup de fil de la victime et les propos de l'accusé ont été interceptés. L'accusé a dit à la victime de le rencontrer dans 15 minutes sur le terrain de voitures et il a ensuite informé W de cet arrangement. Suivant l'autorisation, le policier qui surveillait l'interception devait cesser d'écouter lorsque C n'était pas partie à l'appel, mais le juge du procès a conclu que C n'avait jamais cessé d'être partie à l'appel et il a admis la preuve fondée sur l'écoute électronique. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et la Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. La preuve émanant du coconspirateur et la preuve fondée sur l'écoute électronique étaient admissibles.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, Abella et Charron : Même lorsqu'elle est appliquée au ouï-dire double, l'exception relative aux coconspirateurs énoncée dans l'arrêt *Carter* satisfait aux exigences en matière de fiabilité et de nécessité de la méthode d'analyse raisonnée de la règle du ouï-dire et elle ne devrait pas être écartée ou modifiée. La nécessité résulte de l'effet conjugué de la non-contraignabilité d'un coaccusé, de l'inopportunité de juger séparément des coconspirateurs et de la valeur probante de déclarations concomitantes faites en vue d'un complot. Il y a fiabilité lorsque la règle énoncée dans l'arrêt *Carter* est respectée. L'approche en deux étapes de cet arrêt permet au juge des faits de prendre en considération une déclaration relatée faite par un coconspirateur en vue du complot seulement après avoir conclu (1) que le complot a eu lieu hors de tout doute raisonnable, et (2) que l'accusé y a probablement participé vu uniquement la preuve directe retenue contre lui. La méthode *Carter* fournit des indicateurs circonstanciels de fiabilité qui ne font pas que corroborer les déclarations en question. Cette méthode ne cause pas d'injustice aux accusés et elle permet des poursuites efficaces dans les cas de complots. Elle permet également d'éviter les délais et les difficultés d'ordre procédural qui surgiraient au cours de l'instruction si, pour décider de l'admissibilité de certains éléments de preuve par ouï-dire, le juge devait se prononcer au cas par cas sur leur nécessité et leur fiabilité. Enfin, l'accusé n'a pas établi que le témoignage de B constitue l'un des cas rares ou exceptionnels où la preuve relevant d'une exception

admission of hearsay evidence. The frailties in B's evidence go to its ultimate weight and the trial judge properly charged the jury on this aspect. [18] [22-24] [28-31] [36-37]

There is no basis to interfere with the lower courts' finding that the phone call initiated by C, the named person in the authorization, was a three-way conversation involving C, the accused and W. Since C never ceased to be a party to the conversation, the police did not exceed the terms of the authorization. In the circumstances of this case, the conduct of the police in monitoring the communication between the accused and W cannot be characterized as a deliberate and unreasonable breach of the authorization. [39-41]

Per LeBel and Fish JJ.: While the principled approach must continue to play a significant role in the application of the co-conspirator's exception to the hearsay rule, it cannot be taken for granted that the essential indicia of reliability will always be present in such case. The first two stages of the *Carter* process do provide some circumstantial indicators of reliability, but too many deficiencies in that process may permit mistaken or untruthful hearsay to be admitted into evidence. The *Carter* process is also ill suited to accounting for all the different types of situations arising out of joint ventures in a criminal context. These concerns, as well as the dangers of hearsay and the need to avoid unfairness and wrongful convictions, call for a contextual approach to the application of the co-conspirator's exception. The process should provide sufficient flexibility to the trial judge to assess whether, in the particular factual context, a hearsay declaration possesses sufficient indicia of reliability and necessity. [45] [53-54]

The admissibility of co-conspirator's hearsay evidence should thus be determined according to the principled approach when the evidence was obtained or given in circumstances that raise serious concerns or suspicions as to reliability or necessity. A standard of serious concerns or suspicions recognizes that the traditional exceptions normally suffice but does not limit the application of the principled approach to the most exceptional cases. A *voir dire* to assess the hearsay evidence will remain the exception and will be required only when an accused raises serious and real concerns based on concrete and particularized reasons or with a specific evidentiary basis. These concerns are drawn from the circumstances

valide à la règle du ouï-dire ne présente pas, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, les indices de nécessité et de fiabilité requis pour l'admissibilité de la preuve par ouï-dire. Les lacunes du témoignage de B influent sur sa valeur probante ultime et le juge du procès a donné des directives adéquates au jury à cet égard. [18] [22-24] [28-31] [36-37]

Rien ne justifie de modifier la conclusion des juridictions inférieures selon laquelle l'appel téléphonique commencé par C, la personne nommée dans l'autorisation d'écoute électronique, était un échange à trois, à savoir C, l'accusé et W. Comme C n'a jamais cessé d'être partie à la conversation, les policiers n'ont pas dérogé aux conditions de l'autorisation. Dans les circonstances de l'espèce, la conduite du policier qui surveillait l'appel entre l'accusé et W ne saurait être qualifiée de violation délibérée et déraisonnable de l'autorisation. [39-41]

Les juges LeBel et Fish : Bien que la méthode d'analyse raisonnée doive continuer à jouer un rôle important dans l'application de l'exception relative aux coconspirateurs applicable en matière de ouï-dire, on ne saurait tenir pour acquis que les indices essentiels de fiabilité sont présents dans tous les cas où cette exception est invoquée. Les deux premières étapes de la méthode *Carter* offrent effectivement des indicateurs circonstanciels de fiabilité, mais cette méthode comporte trop de failles créant un risque d'admission en preuve de déclarations relatées erronées ou mensongères. Elle ne permet pas non plus de prendre en compte tous les types de situations susceptibles de se produire dans une entreprise commune criminelle. Ces préoccupations, ainsi que les dangers du ouï-dire et la nécessité d'éviter des condamnations injustes et erronées, commandent une approche contextuelle en matière d'application de l'exception relative aux coconspirateurs. La démarche doit être suffisamment souple pour permettre au juge du procès de déterminer si, d'après les faits de l'espèce, une déclaration relatée présente des indices suffisants de fiabilité et de nécessité. [45] [53-54]

L'admissibilité d'un élément de preuve au titre de l'exception relative aux coconspirateurs doit donc être déterminée selon la méthode d'analyse raisonnée de la règle du ouï-dire lorsque les circonstances dans lesquelles la preuve ou le témoignage a été obtenu ou recueilli, selon le cas, soulève des préoccupations et des doutes sérieux du point de vue de la nécessité ou de la fiabilité. La norme des préoccupations et des doutes sérieux reconnaît que les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire suffiront normalement, mais elle ne limite pas l'application de la méthode d'analyse raisonnée aux seuls cas très exceptionnels. La tenue d'un voir-dire pour apprécier la preuve par ouï-dire demeurera l'exception et ne sera

in which the declaration was made. The evidence should be provisionally admitted when tendered and if serious concerns or suspicions are raised, then a *voir dire* into its admissibility under the principled approach should be held before the case is left with the trier of fact. Where an accused is unable to raise any serious or suspicious concerns, the trier of fact will apply the *Carter* steps at the end of the trial. In this case, the accused has not established that B's hearsay evidence raised serious concerns as to its reliability. [56] [58] [60-62] [64]

requise que dans les cas où l'accusé soulève des préoccupations sérieuses et réelles quant à la nécessité ou à la fiabilité en apportant des raisons concrètes et détaillées ou en étayant ces préoccupations sur des éléments de preuve précis. Ces préoccupations doivent ressortir des circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite. L'élément de preuve devrait être provisoirement admis lorsqu'il est présenté et, si des préoccupations et des doutes sérieux sont soulevés, il y alors lieu de tenir un voir-dire pour décider de son admissibilité au regard de la méthode raisonnée avant que l'affaire ne soit soumise au juge des faits. Dans les cas où l'accusé est incapable de soulever des préoccupations et des doutes sérieux, le juge des faits appliquera, à la fin du procès, les étapes prévues par l'arrêt *Carter*. En l'espèce, l'accusé n'a pas établi que la preuve par ouï-dire émanant de B soulevait des préoccupations et des doutes sérieux quant à sa fiabilité. [56] [58] [60-62] [64]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; **referred to:** *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Chang* (2003), 173 C.C.C. (3d) 397; *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653.

By LeBel J.

Applied: *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; **discussed:** *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; **referred to:** *R. v. Pilarinos* (2002), 2 C.R. (6th) 273, 2002 BCSC 855; *R. v. Chang* (2003), 173 C.C.C. (3d) 397; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. Ticknovich* (2003), 343 A.R. 243, 2003 ABQB 854; *R. v. Duncan* (2002), 1 C.R. (6th) 265; *R. v. Hape*, [2002] O.J. No. 168 (QL).

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts appliqués : *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; **arrêts mentionnés :** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Chang* (2003), 173 C.C.C. (3d) 397; *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653.

Citée par le juge LeBel

Arrêt appliqué : *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; **arrêt analysé :** *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; **arrêts mentionnés :** *R. c. Pilarinos* (2002), 2 C.R. (6th) 273, 2002 BCSC 855; *R. c. Chang* (2003), 173 C.C.C. (3d) 397; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Ticknovich* (2003), 343 A.R. 243, 2003 ABQB 854; *R. c. Duncan* (2002), 1 C.R. (6th) 265; *R. c. Hape*, [2002] O.J. No. 168 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(2).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(2).

Authors Cited

Archibald, Bruce P. "The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?" (2000), 25 *Queen's L.J.* 1.

Goode, Matthew R. *Criminal Conspiracy in Canada*. Toronto: Carswell, 1975.

Layton, David. "*R. v. Pilarinos*: Evaluating the Co-conspirators or Joint Venture Exception to the Hearsay Rule" (2002), 2 C.R. (6th) 293.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.

Doctrine citée

Archibald, Bruce P. « The Canadian Hearsay Revolution : Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All? » (2000), 25 *Queen's L.J.* 1.

Goode, Matthew R. *Criminal Conspiracy in Canada*. Toronto : Carswell, 1975.

Layton, David. « *R. v. Pilarinos* : Evaluating the Co-conspirators or Joint Venture Exception to the Hearsay Rule » (2002), 2 C.R. (6th) 293.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2002.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
Stewart, Hamish. "Hearsay after *Starr*" (2002), 7 *Can. Crim. L.R.* 5.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.
Whitzman, Stephen. "Proof of Conspiracy: The Co-conspirator's Exception to the Hearsay Rule" (1985-86), 28 *Crim. L.Q.* 203.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Saunders and Low JJ.A.) (2003), 179 B.C.A.C. 92, 295 W.A.C. 92, 180 C.C.C. (3d) 184, [2003] B.C.J. No. 452 (QL), 2003 BCCA 131, upholding the accused's conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

Gil D. McKinnon, Q.C., Tom Arbogast and *Letitia Sears*, for the appellant.

John M. Gordon, for the respondent.

Robert W. Hubbard and *Marion V. Fortune-Stone*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jamie Klukach and *Susan Magotiaux*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Abella and Charron JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

1 On October 7, 1998, Vikash Chand was shot seven times while changing a licence plate in the car lot of Rags to Riches Motor Cars, owned by the appellant, Mapara. Five people were charged with Chand's murder: the appellant, who was alleged to have lured Chand to the place of execution; Chow, who was alleged to have financed the killing and getaway; Shoemaker, who is alleged to have done the killing; Binahmad, the getaway driver who testified for the Crown; and Wasfi, who the Crown alleged organized the killing.

2 The appellant and Chow were tried jointly by judge and jury. They were convicted of first degree

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.
Stewart, Hamish. « Hearsay after *Starr* » (2002), 7 *Rev. can. D.P.* 5.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.
Whitzman, Stephen. « Proof of Conspiracy : The Co-conspirator's Exception to the Hearsay Rule » (1985-86), 28 *Crim. L.Q.* 203.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Saunders et Low) (2003), 179 B.C.A.C. 92, 295 W.A.C. 92, 180 C.C.C. (3d) 184, [2003] B.C.J. No. 452 (QL), 2003 BCCA 131, qui a confirmé la condamnation de l'accusé pour meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

Gil D. McKinnon, c.r., Tom Arbogast et *Letitia Sears*, pour l'appelant.

John M. Gordon, pour l'intimée.

Robert W. Hubbard et *Marion V. Fortune-Stone*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jamie Klukach et *Susan Magotiaux*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, Abella et Charron rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le 7 octobre 1998, Vikash Chand a été atteint de sept balles alors qu'il changeait une plaque d'immatriculation dans le terrain de voitures de Rags to Riches Motor Cars, propriété de l'appelant, Mapara. Cinq personnes ont été accusées du meurtre de Chand : l'appelant, qui aurait attiré Chand sur le lieu d'exécution; Chow, qui aurait financé le meurtre et la fuite; Shoemaker, qui aurait exécuté le meurtre; Binahmad, le conducteur du véhicule utilisé pour la fuite et témoin à charge; et Wasfi qui, selon le ministère public, aurait organisé le meurtre.

L'appelant et Chow ont subi leur procès conjointement devant juge et jury. Ils ont été reconnus

murder. Their appeals to the Court of Appeal of British Columbia were dismissed: (2003), 179 B.C.A.C. 92, 2003 BCCA 131. They now appeal to this Court. These are the reasons on Mapara's appeal.

Mapara raises two grounds of appeal in this Court. First, he argues that Binahmad's evidence of a discussion incriminating him in the planning of the murder should have been rejected as unreliable double hearsay evidence. Second, he argues that wiretap evidence against him taken shortly before the murder did not fall within the terms of the authorization and should not have been admitted at trial.

I conclude that neither argument can succeed, and would dismiss the appeal.

II. Admissibility of Binahmad's Evidence of His Conversation With Wasfi

Binahmad testified that sometime around late September 1997 he met with Wasfi at a Petro-Canada gas station, where Wasfi told Binahmad that "the little guy", who Binahmad understood to be Mapara, had a job for them. In the appellant's submission, this was important evidence. It was one of two main items of evidence that Mapara had been involved in the planning of Chand's murder; the other evidence against Mapara related to the allegation that he had lured Chand to the Rags to Riches lot to be killed. The Crown replies that the evidence of the conversation with Wasfi was unimportant since evidence that Mapara lured Chand to his death alone made Mapara's conviction for first degree murder inevitable.

In the appellant's submission, this was also unreliable evidence, being the double hearsay evidence of a co-conspirator who had reason to lie. Indeed, one aspect of this testimony was plainly false — Binahmad must have been mistaken as to the date of the conversation, since Wasfi was in prison at that time. The Crown replies that Binahmad's error as to the date was before the jury, and that the trial judge

coupables de meurtre au premier degré. Leurs appels devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont été rejetés : (2003), 179 B.C.A.C. 92, 2003 BCCA 131. Ils se pourvoient maintenant devant la Cour. Voici les motifs de notre jugement sur le pourvoi de l'appelant Mapara.

3 Mapara invoque deux moyens à l'appui de son pourvoi. Premièrement, il soutient que le témoignage de Binahmad au sujet d'une discussion l'incriminant pour la planification du meurtre aurait dû être rejeté parce qu'il s'agit d'une preuve par double ouï-dire non fiable. Deuxièmement, il fait valoir que la preuve incriminante obtenue par écoute électronique peu avant le meurtre n'était pas visée par l'autorisation et n'aurait pas dû être admise au procès.

4 Je conclus qu'aucun des deux arguments ne saurait être retenu et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Admissibilité du témoignage de Binahmad au sujet de sa conversation avec Wasfi

5 Binahmad a témoigné que, vers la fin septembre 1997, il a rencontré Wasfi à une station service Petro-Canada, où celui-ci lui a dit que [TRADUCTION] « le petit homme », qui, d'après ce qu'il a compris, était Mapara, avait un travail pour eux. Selon l'argumentation de l'appelant, il s'agissait là d'une preuve importante. C'était l'un des deux principaux éléments de preuve indiquant que Mapara avait été impliqué dans la planification du meurtre de Chand; l'autre élément de preuve contre Mapara concernait l'allégation qu'il avait attiré Chand sur le terrain de voitures de Rags to Riches pour qu'il y soit assassiné. Le ministère public répond que la preuve de la conversation avec Wasfi n'avait pas d'importance puisque la preuve que Mapara a attiré Chand vers sa mort rendait, à elle seule, inévitable la condamnation de Mapara pour meurtre au premier degré.

6 Selon l'argumentation de l'appelant, ce témoignage était lui aussi non fiable puisqu'il s'agissait d'une preuve par double ouï-dire émanant d'un coconspirateur qui avait des raisons de mentir. En fait, un aspect de ce témoignage était tout simplement faux — Binahmad a dû se tromper sur la date de la conversation, car Wasfi était en prison à ce moment-là. Le ministère public répond que l'erreur

told the jury about the limited circumstances in which they could accept the evidence and properly warned the jury against the inherent unreliability of the evidence of co-conspirators like Binahmad.

7 The central issue, however, is not the importance or ultimate reliability of the evidence, but its admissibility. The appellant concedes that under the law as it presently stands, the evidence was admissible under an exception to the hearsay rule known as the co-conspirators' exception, which permits reception of evidence of what co-conspirators say out of court in furtherance of the conspiracy. This is known as the *Carter* rule, after this Court's decision in *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938. The appellant argues that this rule should be set aside or altered to make Binahmad's evidence of the conversation with Wasfi inadmissible.

8 The co-conspirators' exception to the hearsay rule may be stated as follows: "Statements made by a person engaged in an unlawful conspiracy are receivable as admissions as against all those acting in concert if the declarations were made while the conspiracy was ongoing and were made towards the accomplishment of the common object" (J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 303). Following *Carter*, co-conspirators' statements will be admissible against the accused only if the trier of fact is satisfied beyond a reasonable doubt that a conspiracy existed and if independent evidence, directly admissible against the accused, establishes on a balance of probabilities that the accused was a member of the conspiracy.

9 The appellant mounts several attacks on this rule as it applies to double hearsay evidence. His first argument is that it is unconstitutional because it denies an accused person's right under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to make full answer and defence. The appellant was entitled to cross-examine not only Binahmad on the statement, but Wasfi, the hearsay declarant of the statement that "the little guy" had a job for them, it is

de Binahmad quant à la date était soumise à l'appréciation du jury et que le juge du procès a exposé aux jurés les circonstances restreintes dans lesquelles ils pouvaient accepter la preuve et les a mis en garde, comme il se devait, contre la non-fiabilité inhérente au témoignage de coconspirateurs comme Binahmad.

Toutefois, la question centrale n'est pas l'importance ou la fiabilité ultime de la preuve, mais son admissibilité. L'appelant concède que, en l'état actuel du droit, la preuve était admissible en vertu d'une exception à la règle du ouï-dire, dite exception relative aux coconspirateurs, qui permet de recevoir en preuve les déclarations extrajudiciaires faites par des coconspirateurs en vue du complot. Il s'agit de la règle *Carter*, qui tire son nom de l'arrêt *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938. L'appelant avance qu'il y a lieu d'écarter ou de modifier cette règle pour rendre inadmissible le témoignage de Binahmad au sujet de sa conversation avec Wasfi.

L'exception relative aux coconspirateurs peut s'énoncer ainsi : [TRADUCTION] « Les déclarations d'une personne impliquée dans un complot illicite sont recevables à titre d'aveux contre toutes les parties au complot si elles ont été faites pendant que se tramait le complot et en vue de la réalisation de l'objectif commun » (J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2e éd. 1999), p. 303). Selon l'arrêt *Carter*, les déclarations des coconspirateurs seront admissibles contre l'accusé uniquement si le juge des faits est convaincu hors de tout doute raisonnable qu'un complot a eu lieu et si une preuve indépendante, directement admissible contre l'accusé, établit selon la prépondérance des probabilités que l'accusé y a participé.

L'appelant conteste en plusieurs points cette règle telle qu'elle s'applique à la preuve par double ouï-dire. Son premier argument porte que la règle est inconstitutionnelle parce qu'elle prive l'accusé du droit à une défense pleine et entière que lui garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelant prétend qu'il avait le droit de contre-interroger non seulement Binahmad relativement à sa déclaration, mais aussi Wasfi, l'auteur des

submitted. The inability to cross-examine Wasfi breached the appellant's right to full answer and defence, and the *Carter* rule as it applies to double hearsay is therefore unconstitutional.

propos rapportés selon lesquels « le petit homme » avait un travail pour eux. L'impossibilité de contre-interroger Wasfi porte atteinte au droit de l'appelant à une défense pleine et entière, et la règle *Carter* telle qu'elle s'applique au double ouï-dire est donc inconstitutionnelle.

I cannot accede to this argument. First, it was not presented in the courts below, and the appellant was refused leave to state a constitutional question by order of Bastarache J. on September 8, 2004. Second, on the substance of the matter, the argument adds little to the appellant's main contention that the co-conspirators' exception, as it applies to double hearsay, should be revisited by this Court. I now turn to this argument.

10 Je ne peux accepter cet argument. Premièrement, il n'a pas été présenté devant les cours d'instance inférieure, et l'appelant s'est vu refuser, par ordonnance du juge Bastarache en date du 8 septembre 2004, l'autorisation de formuler une question constitutionnelle. Deuxièmement, sur le fond de la question, l'argument n'ajoute guère à la prétention principale de l'appelant, à savoir que l'exception relative aux coconspirateurs, telle qu'elle s'applique au double ouï-dire, devrait être réexaminée par la Cour. Je vais maintenant examiner cet argument.

The appellant's second argument is that this Court should revisit the co-conspirators' exception to the hearsay rule in light of the principled approach to the hearsay rule set out in *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40. He submits that *Starr* requires that all hearsay evidence, even if it falls within a traditional exception, be both necessary (in the sense that other sources of the evidence are not available) and reliable. The evidence here at issue is not reliable, and therefore should not have been received.

11 Le second argument de l'appelant porte que la Cour devrait revoir l'exception relative aux coconspirateurs selon la méthode d'analyse raisonnée de la règle du ouï-dire qui est énoncée dans *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40. L'arrêt *Starr* exige, selon lui, que toute preuve par ouï-dire, même si elle relève d'une exception traditionnelle, soit à la fois nécessaire (en ce sens qu'il n'existe pas d'autres sources de preuve disponibles) et fiable. La preuve en l'espèce n'est pas fiable et n'aurait donc pas dû être admise.

This argument over-simplifies and distorts the principled approach to hearsay evidence set out in cases such as *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *Starr*. These cases seek to reconcile the traditional approach to hearsay evidence with the principles that lie behind it.

12 Cet argument simplifie à l'excès et déforme la méthode d'analyse raisonnée de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire telle qu'elle est énoncée notamment dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *Starr*. Ces arrêts s'efforcent de concilier le traitement traditionnel réservé à la preuve par ouï-dire avec les principes qui la sous-tendent.

The traditional rule is that all hearsay evidence is inadmissible, unless it falls within one of the exceptions to the hearsay rule. The party tendering hearsay evidence must fit it within one of the traditional categories. This rule has served well for centuries and continues to serve as a practical guide for the admissibility of hearsay evidence. However, as with most category-based rules, in some cases the results may appear arbitrary.

13 Selon la règle traditionnelle, toute preuve par ouï-dire est inadmissible, sauf si elle relève d'une des exceptions à la règle du ouï-dire. La partie soumettant une telle preuve doit la faire entrer dans une des catégories traditionnelles. Cette règle s'est révélée efficace pendant des siècles et continue de servir de guide pratique pour juger de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire. Toutefois, comme pour la plupart des règles fondées sur des catégories, les résultats peuvent parfois paraître arbitraires.

14 This occasional arbitrariness was highlighted by the principled analysis of the hearsay rule and its exceptions developed by the American scholar Wigmore almost a century ago. Wigmore pointed out that the reasons for excluding hearsay evidence in general is that it is not the best evidence (direct evidence would be better), and it may be unreliable (it was not given under oath and cannot be tested by cross-examination). However, if these two defects are alleviated, hearsay evidence may be admitted. This, Wigmore opined, explains how most of the exceptions to the hearsay rule developed. The evidence is necessary, in that the person who made the hearsay statement is not readily available. And it is reliable, in the sense that something about it provides a circumstantial guarantee of trustworthiness. For these reasons, judges began to admit it. Their decisions were followed in other cases. Gradually, an exception emerged and became a fixed rule. Once fixed, however, the rule became rigid and could, in some cases, exclude evidence which should have been received having regard to the underlying criteria of necessity and reliability. It could also occasionally lead to the admission of evidence which should be excluded, judged by these criteria. This in turn could impede the search for the truth or unfairly prejudice the accused person.

15 The principled approach to the admission of hearsay evidence which has emerged in this Court over the past two decades attempts to introduce a measure of flexibility into the hearsay rule to avoid these negative outcomes. Based on the *Starr* decision, the following framework emerges for considering the admissibility of hearsay evidence:

(a) Hearsay evidence is presumptively inadmissible unless it falls under an exception to the hearsay rule. The traditional exceptions to the hearsay rule remain presumptively in place.

(b) A hearsay exception can be challenged to determine whether it is supported by indicia of necessity and reliability, required by the

Cet arbitraire occasionnel a été mis en lumière par l'analyse raisonnée de la règle du ouï-dire et de ses exceptions, élaborée par le juriste américain Wigmore il y a près d'un siècle. L'auteur a indiqué qu'en général, la preuve par ouï-dire est exclue parce que ce n'est pas la meilleure preuve (une preuve directe serait préférable) et qu'elle risque de pas être digne de foi (le témoignage n'a pas été fait sous serment et ne peut être soumis au contre-interrogatoire). Cependant, si ces deux défauts sont atténués, la preuve par ouï-dire est admissible. C'est ainsi, affirme Wigmore, que sont nées la plupart des exceptions à la règle du ouï-dire. La preuve est nécessaire du fait que la personne qui a fait la déclaration relatée n'est pas aisément disponible. Et elle est fiable, en ce sens qu'elle fournit une garantie circonstancielle de fiabilité. Pour ces raisons, des juges ont commencé à l'admettre. Leurs décisions ont été suivies dans d'autres affaires. Graduellement, une exception est apparue et a été érigée en règle de droit. Cependant, une fois érigée, la règle est devenue rigide et pouvait, dans certains cas, exclure une preuve qui aurait dû être admise au regard des critères sous-jacents de nécessité et de fiabilité. Elle pouvait aussi occasionnellement mener à l'admission d'une preuve qui aurait dû être exclue selon ces critères. Cette règle pouvait ainsi entraver la recherche de la vérité ou porter injustement préjudice à l'accusé.

La méthode d'analyse raisonnée de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, qu'a développée la Cour depuis une vingtaine d'années, tente de conférer une certaine souplesse à la règle du ouï-dire pour éviter ces conséquences négatives. Il convient d'appliquer le cadre d'analyse suivant, tiré de *Starr*, pour déterminer l'admissibilité de la preuve par ouï-dire :

a) La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible à moins de relever d'une exception à la règle du ouï-dire. Les exceptions traditionnelles continuent présomptivement de s'appliquer.

b) Il est possible de contester une exception à l'exclusion du ouï-dire au motif qu'elle ne présenterait pas les indices de nécessité et de

principled approach. The exception can be modified as necessary to bring it into compliance.

(c) In "rare cases", evidence falling within an existing exception may be excluded because the indicia of necessity and reliability are lacking in the particular circumstances of the case.

(d) If hearsay evidence does not fall under a hearsay exception, it may still be admitted if indicia of reliability and necessity are established on a *voir dire*.

(See generally D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (3rd ed. 2002), at pp. 95-96.)

Admissibility of evidence is determined on the basis of "threshold reliability" provided by circumstantial indicators of reliability. The issue of "ultimate reliability" is for the trier of fact, in this case the jury.

The appellant invokes the second and third propositions set out above. His main argument is that the co-conspirators' exception to the hearsay rule does not accord with the fundamental criteria that underlie the exceptions to the hearsay rule, necessity and reliability. Alternatively, the question arises whether this is one of those "rare cases" where hearsay evidence falling within an exception to the hearsay rule should not be admitted because it lacks the necessary indicia of necessity and reliability.

I first address the appellant's main argument — the co-conspirators' exception to the hearsay rule does not reflect the necessary indicia of necessity and reliability. In *R. v. Chang* (2003), 173 C.C.C. (3d) 397, the Ontario Court of Appeal, *per* O'Connor A.C.J.O. and Armstrong J.A., rejected this argument. The criterion of necessity poses little difficulty. As stated in *Chang*, "necessity will arise from the combined effect of the non-compellability of a co-accused declarant, the undesirability of trying alleged co-conspirators separately,

fiabilité requis par la méthode d'analyse raisonnée. On peut la modifier au besoin pour la rendre conforme à ces exigences.

c) Dans de « rares cas », la preuve relevant d'une exception existante peut être exclue parce que, dans les circonstances particulières de l'espèce, elle ne présente pas les indices de nécessité et de fiabilité requis.

d) Si la preuve par ouï-dire ne relève pas d'une exception à la règle d'exclusion, elle peut tout de même être admissible si l'existence d'indices de fiabilité et de nécessité est établie lors d'un voir-dire.

(Voir, de façon générale, D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (3e éd. 2002), p. 95-96.)

16 L'admissibilité de la preuve est déterminée en fonction d'un « seuil de fiabilité » établi par des indicateurs circonstanciels de fiabilité. La question de la « fiabilité ultime » relève du juge des faits, en l'occurrence le jury.

17 L'appelant invoque la première et la troisième propositions établies ci-dessus. Il soutient principalement que l'exception relative aux coconspirateurs n'est pas conforme aux critères fondamentaux qui sous-tendent les exceptions à la règle du ouï-dire, à savoir la nécessité et la fiabilité. Subsidiairement, il s'agit de savoir si nous sommes en l'espèce en présence de l'un des « rares cas » où la preuve par ouï-dire relevant d'une exception à la règle du ouï-dire ne saurait être admise faute des indices de nécessité et de fiabilité requis.

18 Examinons d'abord l'argument principal de l'appelant : l'exception relative aux coconspirateurs ne présente pas les indices de nécessité et de fiabilité requis. Dans *R. c. Chang* (2003), 173 C.C.C. (3d) 397, le juge en chef adjoint O'Connor et le juge Armstrong, de la Cour d'appel de l'Ontario, ont rejeté cet argument. Le critère de la nécessité pose peu de difficultés. Comme il est mentionné dans *Chang*, [TRADUCTION] « la nécessité résultera de l'effet conjugué de la non-contraignabilité d'un coaccusé auteur de la déclaration, de

and the evidentiary value of contemporaneous declarations made in furtherance of an alleged conspiracy" (para. 105).

19 The criterion of reliability requires closer scrutiny. The appellant raises the concern that co-conspirators' statements tend to be inherently unreliable because of the character of the declarants and the suspicious activities in which they are engaged.

20 A preliminary issue arises at this stage. The federal Crown argues that the co-conspirators' exception is not grounded in a concern for reliability, but rests rather on the reasoning that once it is established that the people concerned were involved in the same conspiracy, then the statements of one are admissions against all. Thus, "the rationale for the rule in Canada was grounded in principles governing admissions by party litigants": *Chang*, at para. 82. This exception is grounded in "a different basis than other exceptions to the hearsay rule. Indeed, it is open to dispute whether the evidence is hearsay at all": *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653, *per* Sopinka J., at p. 664. Sopinka J. went on to suggest that circumstantial guarantees of trustworthiness are irrelevant to the party admissions exception to the hearsay rule:

> The practical effect of this doctrinal distinction is that in lieu of seeking independent circumstantial guarantees of trustworthiness, it is sufficient that the evidence is tendered against a party. Its admissibility rests on the theory of the adversary system that what a party has previously stated can be admitted against the party in whose mouth it does not lie to complain of the unreliability of his or her own statements. [p. 664]

It follows on this reasoning that if the appellant was a co-conspirator with the witness, Binahmad, the appellant cannot be heard to complain that what he said to Binahmad was unreliable. Similarly, it is argued, he cannot complain about the unreliability of what a third co-conspirator, Wasfi, said to Binahmad. They were all plotting together, and what each says can be used against the other. Having entered into a criminal

l'inopportunité de juger séparément les coconspirateurs présumés et de la valeur probante de déclarations concomitantes faites en vue d'un complot reproché » (par. 105).

Le critère de la fiabilité exige un examen plus approfondi. L'appelant prétend que les déclarations des coconspirateurs sont intrinsèquement non dignes de foi en raison de la moralité de leurs auteurs et des activités suspectes dans lesquelles ils sont impliqués.

Une question préliminaire se pose à ce stade. Le ministère public prétend que l'exception relative aux coconspirateurs n'est pas fondée sur une question de fiabilité, mais repose plutôt sur le raisonnement selon lequel, une fois établie la participation des personnes concernées au même complot, les déclarations de l'une constituent alors des aveux contre toutes. Ainsi, [TRADUCTION] « la raison d'être de la règle au Canada trouve son origine dans les principes régissant les aveux des parties » : *Chang*, par. 82. Cette exception ne repose pas « sur les mêmes motifs que d'autres exceptions à la règle du ouï-dire. En fait, on peut se demander si la preuve constitue réellement du ouï-dire » : *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653, p. 664, le juge Sopinka. Le juge Sopinka a ajouté que les garanties circonstancielles de fiabilité ne sont pas pertinentes quant à l'exception à la règle du ouï-dire en matière d'aveux d'une partie :

> L'effet pratique de cette distinction doctrinale est qu'au lieu de chercher des garanties circonstancielles indépendantes de fiabilité, il suffit de présenter la preuve contre une partie. L'admissibilité de cette preuve repose sur la théorie du système contradictoire voulant que les déclarations antérieures d'une partie peuvent être admises contre la partie qui ne peut se plaindre de la non-fiabilité de ses propres déclarations. [p. 664]

Il découle de ce raisonnement que, si l'appelant a conspiré avec le témoin Binahmad, il ne saurait prétendre que ce qu'il lui a dit n'était pas digne de foi. De même, soutient-on, il ne peut invoquer la non-fiabilité des propos qu'un troisième coconspirateur, Wasfi, a tenus à Binahmad. Ils complotaient tous ensemble, et ce que chacun déclare peut être utilisé contre les autres. Ayant formé un complot criminel, l'accusé ne peut, pour sa défense,

conspiracy, the accused cannot in his defence rely on its very criminality and the unreliability of his co-conspirators.

The unique doctrinal roots of the co-conspirators' exception to the hearsay rule cannot be denied. However, as noted in *Chang*, "the fact that the co-conspirators' rule is grounded in those principles does not alter the fact that a statement that becomes admissible under the *Carter* process is hearsay and concerns about unreliability are very real" (para. 85). In this sense, the directive of *Starr* that the traditional exceptions should be examined for conformity with necessity and reliability remains pertinent.

I return, therefore, to the question of whether the co-conspirators' exception to the hearsay rule possesses sufficient circumstantial indicators of reliability. The *Carter* process allows the jury to consider a hearsay statement by a co-conspirator in furtherance of the conspiracy only after it has found (1) that the conspiracy existed beyond a reasonable doubt and (2) that the accused was probably a member of the conspiracy, by virtue only of direct evidence against him.

The appellant argues that *Carter* cannot satisfy the reliability requirement because it amounts to using corroborating evidence to bolster the reliability of hearsay declarations against the accused, contrary to *Starr*, *per* Iacobucci J., at para. 217.

I do not agree. The question is whether the first two stages of the *Carter* process provide circumstantial indicators of reliability that do not amount to simply corroborating the statements in issue. In my view, they do. Proof that a conspiracy existed beyond a reasonable doubt and that the accused probably participated in it does not merely corroborate the statement in issue. Rather, it attests to a common enterprise that enhances the general reliability of what was said in the course of pursuing that enterprise. It is similar in its effect to the *res gestae* exception to the hearsay rule, where surrounding context furnishes circumstantial indicators of reliability. The concern is not with whether

s'appuyer sur sa criminalité même et la non-fiabilité de ses coconspirateurs.

21 Les assises doctrinales particulières de l'exception relative aux coconspirateurs ne peuvent être niées. Toutefois, comme il a été mentionné dans *Chang*, [TRADUCTION] « le fait que la règle relative aux coconspirateurs est fondée sur ces principes ne change rien au fait qu'une déclaration qui devient admissible selon la méthode *Carter* demeure du ouï-dire et que les risques de non-fiabilité sont bien réels » (par. 85). En ce sens, la directive énoncée dans *Starr* selon laquelle les exceptions traditionnelles devraient répondre aux critères de nécessité et de fiabilité demeure pertinente.

22 Je reviens donc à la question de savoir si l'exception relative aux coconspirateurs comporte des indicateurs circonstanciels de fiabilité suffisants. La méthode *Carter* permet au jury de prendre en considération une déclaration relatée faite par un coconspirateur en vue du complot seulement après avoir conclu : (1) que le complot a eu lieu hors de tout doute raisonnable; (2) que l'accusé y a probablement participé vu uniquement la preuve directe retenue contre lui.

23 L'appelant fait valoir que la règle *Carter* ne satisfait pas à l'exigence de fiabilité parce que cela équivaut à utiliser une preuve corroborante pour renforcer la fiabilité de déclarations rapportées par ouï-dire contre l'accusé et ce, contrairement à l'arrêt *Starr*, le juge Iacobucci, par. 217.

24 Je ne suis pas de cet avis. La question est de savoir si les deux premières étapes de la méthode *Carter* fournissent des indicateurs circonstanciels de fiabilité qui ne font pas que corroborer les déclarations en question. À mon sens, la réponse est affirmative. En effet, la preuve qu'un complot a eu lieu hors de tout doute raisonnable et que l'accusé y a probablement participé ne vient pas simplement corroborer la déclaration en question. Elle atteste plutôt de l'existence d'une entreprise commune qui renforce la fiabilité générale des propos échangés au cours de la réalisation de cette entreprise. Son effet est comparable à l'exception de la *res gestae* à la règle du ouï-dire, c'est-à-dire le cas

a particular statement is corroborated, but rather with circumstantial indicators of reliability.

25 The evidence under the first two stages of *Carter* is not inherently corroborative of the hearsay statement, in the sense of confirming the truth of its contents. Indeed the evidence establishing the conspiracy and the accused's probable participation may conflict with the hearsay evidence subsequently adduced. More often than not, the trier of fact will find corroboration, rather than conflict, in the direct evidence implicating the accused. However, this ultimate use of the evidence should not be confused with its initial role in establishing threshold reliability. Here it is relevant with respect to the context of the hearsay evidence, and not to its contents. The use of the *Carter* approach in the present inquiry thus stays within the boundaries of threshold reliability, as explained in *Starr*.

26 In addition to these preliminary conditions, the final *Carter* requirement, i.e., only those hearsay statements made in furtherance of the conspiracy can be considered, provides guarantees of reliability in the more immediate circumstances under which the statement is made. "In furtherance" statements "have the reliability-enhancing qualities of spontaneity and contemporaneity to the events to which they relate" (*Chang*, at paras. 122-23). They have *res gestae*-type qualities, being "the very acts by which the conspiracy is formulated or implemented and are made in the course of the commission of the offence" (*Chang*, at para. 123). This "minimizes the motive and opportunity for contrivance" (*Chang*, at para. 124). The characters' doubtful reputation for veracity is not a factor at this stage of the analysis. Rather, it is to be taken into account by the jury when assessing the ultimate reliability of such characters' statements.

où des indicateurs circonstanciels de fiabilité ressortent du contexte. Il s'agit non pas de savoir si une déclaration particulière est corroborée, mais plutôt s'il existe des indicateurs circonstanciels de fiabilité.

Selon les deux premiers volets de la méthode dégagée dans l'arrêt *Carter*, la preuve ne corrobore pas intrinsèquement la déclaration relatée, dans le sens où elle confirmerait la véracité de son contenu. En fait, la preuve établissant le complot et la participation probable de l'accusé peut entrer en conflit avec la preuve par ouï-dire présentée ultérieurement. Le plus souvent, le juge des faits trouvera corroboration plutôt que conflit dans la preuve directe incriminant l'accusé. Toutefois, il ne faut pas confondre cette utilisation ultime de la preuve avec son rôle initial dans l'établissement du seuil de fiabilité. En l'espèce, cette utilisation est pertinente quant au contexte de la preuve par ouï-dire, et non quant à son contenu. Le recours à la méthode *Carter* dans le présent débat demeure ainsi dans les limites du seuil de fiabilité, qui est expliqué dans *Starr*.

Outre ces conditions préliminaires, l'exigence ultime de la méthode *Carter*, à savoir que seules les déclarations relatées faites en vue de l'exécution du complot peuvent être prises en considération, fournit des garanties de fiabilité dans les circonstances plus immédiates de la déclaration. Les déclarations faites [TRADUCTION] « en vue de quelque chose » « sont fiables du fait de leur spontanéité et de leur contemporanéité par rapport aux événements visés » (*Chang*, par. 122-123). Elles s'apparentent à des *res gestae* en ce qu'elles correspondent [TRADUCTION] « aux actes mêmes par lesquels le complot est conçu ou exécuté, et sont faites au cours de la perpétration de l'infraction » (*Chang*, par. 123). Cela [TRADUCTION] « diminue l'importance du mobile et les possibilités de manigances » (*Chang*, par. 124). La réputation douteuse des accusés quant à la véracité de leurs dires n'est pas un facteur à considérer à ce stade de l'analyse. Elle n'entre en jeu que lorsque le jury apprécie la fiabilité ultime des déclarations de telles personnes.

In sum, the conditions of the *Carter* rule provide sufficient circumstantial guarantees of trustworthiness necessary to permit the evidence to be received.

This conclusion makes practical sense. First, the rule does not operate unfairly to accused persons. Indicia of reliability exist. In this way, unreliable evidence that is likely to mislead the jury can be excluded. It remains open to the accused to cross-examine the deponent, call contrary evidence, and argue the unreliability of the co-conspirators' evidence before the jury. Moreover, it is not unfair to expect people who enter into criminal conspiracies to accept that if they are charged, the evidence of their co-conspirators about what they said in furtherance of the conspiracy may be used against them. Finally, the hearsay rule is supplemented by the discretion of the trial judge to exclude evidence where its prejudicial effect outweighs its probative value, discussed below.

Second, the rule allows the Crown to effectively prosecute criminal conspiracies. It would become difficult and in many cases impossible to marshal the evidence of criminal conspiracy without the ability to use co-conspirators' statements of what was said in furtherance of the conspiracy against each other. To deprive the Crown of the right to use double hearsay evidence of co-conspirators as to what they variously said in furtherance of the conspiracy would mean that serious criminal conspiracies would often go unpunished.

Finally, to modify the *Carter* rule would increase delay and difficulties in trial procedure. Any approach that requires the trial judge to scrutinize the necessity and reliability of particular pieces of hearsay evidence in deciding its admissibility would undermine the efficiency of the traditional categories of exceptions to the hearsay rule and increase the number of *voir dire*. As stated in *Chang*:

En somme, les conditions posées par la règle *Carter* fournissent les garanties circonstancielles de fiabilité nécessaires pour permettre l'admission de la preuve. 27

Cette conclusion est sensée sur le plan pratique. Premièrement, la règle ne cause pas d'injustice aux accusés. Des indices de fiabilité existent. Ainsi, une preuve non fiable qui est susceptible d'induire le jury en erreur peut être exclue. Il demeure loisible à l'accusé de contre-interroger le déposant, de présenter une preuve contraire et de soutenir devant le jury la non-fiabilité du témoignage des coconspirateurs. De plus, il n'est pas déraisonnable de s'attendre à ce que les participants à des complots criminels acceptent, s'ils sont accusés, de voir utilisé contre eux le témoignage de leurs coconspirateurs relativement à ce qu'ils ont dit en vue du complot. Enfin, comme nous le verrons plus loin, la règle du ouï-dire est complétée par le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'exclure la preuve si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. 28

Deuxièmement, la règle permet au ministère public d'intenter des poursuites efficaces dans les cas de complots criminels. Il deviendrait difficile, voire souvent impossible, d'obtenir la preuve d'un complot criminel sans la possibilité d'utiliser contre chacun les déclarations des coconspirateurs sur les propos échangés en vue du complot, dans les cas où elles constituent du double ouï-dire. Priver le ministère public du droit d'utiliser la preuve par double ouï-dire à l'égard des coconspirateurs relativement à ce qu'ils ont dit en vue du complot signifierait que de graves complots criminels demeureraient souvent impunis. 29

Enfin, modifier la règle *Carter* augmenterait les délais et les difficultés d'ordre procédural lors de l'instruction. Toute interprétation qui exige que le juge du procès examine attentivement la nécessité et la fiabilité de certains éléments de preuve par ouï-dire pour décider de leur admissibilité compromettrait l'efficacité des catégories traditionnelles d'exceptions à la règle du ouï-dire et augmenterait le nombre de voir-dire. Comme il est affirmé dans *Chang* : 30

We are concerned that conspiracy trials, many of which are already complicated, may become more so if every time the Crown seeks to introduce co-conspirators' declarations, the trial judge is required to hold a *voir dire* to determine if there is compliance with the principled approach. We do not anticipate that will be the case. A *voir dire* addressing the principled approach should be the exception. It will only be required when an accused is able to point to evidence raising serious and real concerns about reliability emerging from the circumstances in which a declaration was made, which concerns will not be adequately addressed by use of the *Carter* approach. As a general rule, the presumption that evidence that meets the *Carter* requirements also meets the principled approach should obviate the need for a *voir dire*. [para. 132]

[TRADUCTION] Nous sommes préoccupés par le fait que les procès pour complot, souvent déjà compliqués, puissent le devenir encore plus si, chaque fois que le ministère public souhaite présenter des déclarations de coconspirateurs, le juge du procès doit tenir un voir-dire pour décider si la méthode d'analyse raisonnée est respectée. Nous ne prévoyons pas que ce sera le cas. Un voir-dire sur cette méthode devrait être l'exception. Il ne sera nécessaire que si l'accusé est capable d'indiquer des éléments de preuve soulevant de graves et réelles préoccupations quant à la fiabilité compte tenu des circonstances dans lesquelles une déclaration a été faite, préoccupations auxquelles on ne pourra répondre adéquatement en utilisant la méthode *Carter*. De façon générale, la présomption que la preuve qui satisfait aux exigences de la règle *Carter* respecte également la méthode d'analyse raisonnée devrait permettre d'éviter un voir-dire. [par. 132]

The appellant suggests simply that we make the *Carter* rule inapplicable to double hearsay evidence. However, the underlying rationale for doing so is that all hearsay evidence, even if it falls under an established exception, must be rejected if that particular piece of evidence does not meet the concerns of necessity and reliability. This implies a case-by-case vetting more resembling the ultimate reliability inquiry that is for the jury, than the threshold reliability inquiry relevant to admissibility.

L'appelant nous demande de rendre la règle *Carter* inapplicable à la preuve par double ouï-dire. Or, agir ainsi reviendrait à dire qu'il faut rejeter toute preuve par ouï-dire, même si elle relève d'une exception reconnue, dans les cas où l'élément de preuve considéré ne répond pas aux préoccupations en matière de nécessité et de fiabilité. Cela suppose une vérification au cas par cas qui s'apparente davantage au questionnement sur la fiabilité ultime relevant du jury qu'au questionnement sur le seuil de fiabilité pertinent quant à l'admissibilité.

31 I conclude that the co-conspirators' exception to the hearsay rule meets the requirements of the principled approach to the hearsay rule and should be affirmed.

Je conclus que l'exception relative aux coconspirateurs satisfait aux exigences de la méthode d'analyse raisonnée de la règle du ouï-dire et qu'il y a donc lieu de la confirmer.

32 The appellant also asks us to change the *Carter* rule to require the first two elements to be determined by the trial judge, rather than the jury, on the ground that allowing the jury to decide these elements renders the exception operationally unfair. While courts may adjust common law rules incrementally to avoid apparent injustice, they do so only where there is clear indication of a need to change the rule in the interests of justice. That is not established in this case. Indeed, the appellant's suggestion was considered and rejected in *Carter* precisely because of the danger that the jury might confuse the direct and the hearsay evidence against the accused and rely on the latter to convict the accused. The Court concluded that the three-stage approach was better suited to bring home to the jury the need

L'appelant nous demande également de modifier la règle *Carter* pour exiger que les deux premiers éléments soient tranchés par le juge du procès plutôt que par le jury, au motif que cette situation rend l'exception inéquitable en pratique. Bien que les tribunaux puissent adapter graduellement les règles de common law pour éviter une injustice manifeste, ils ne le font que dans la mesure où il y a une indication claire qu'un changement s'impose dans l'intérêt de la justice. La nécessité d'un tel changement n'a pas été établie en l'espèce. En fait, la prétention de l'appelant a été examinée et rejetée dans l'arrêt *Carter* précisément en raison du risque que le jury confonde la preuve directe et la preuve par ouï-dire contre l'accusé et s'appuie sur cette dernière pour le condamner. La Cour a conclu que la méthode en trois volets

to find independent evidence of the accused's participation in conspiracy. I would not accede to this request.

I conclude that the *Carter* rule stands and that the evidence in question was not excluded by the hearsay rule.

This leaves for consideration the argument that even if the co-conspirators' exception to the hearsay rule satisfies the need for indicia of necessity and reliability, this is one of those rare cases where evidence falling within a valid exception to the hearsay rule should nevertheless not be admitted because the required indicia of necessity and reliability are lacking in the particular circumstances of the case. The same considerations that lead to the conclusion that the co-conspirators' exception to the hearsay rule satisfies the requirements for indicia of necessity and reliability are applicable here. Necessity is established, in the absence of direct evidence from the co-accused declarants. Indicia of reliability are found in the requirements of the *Carter* rule for a conspiracy proved beyond a reasonable doubt, membership of the accused in it on a balance of probability, and the rule that only statements made in furtherance of the conspiracy are admitted. It therefore becomes difficult to conclude that evidence falling under the *Carter* rule would lack the indicia of reliability and necessity required for the admission of hearsay evidence on the principled approach. In all but the most exceptional cases the argument is spent at the point where an exception to the hearsay rule is found to comply with the principled approach to the hearsay rule.

Is this such a case? Certainly there are frailties in the evidence of the co-conspirator. Wasfi arguably had a motive to lie, namely a desire to falsely implicate the appellant, so Binahmad would think the appellant's money would be used in the killing. According to the appellant, Wasfi had his own reasons to have Chand killed, namely to obtain vengeance for the alleged rape of his girlfriend and to eliminate a debt. He implicated the appellant because Binahmad knew he himself could not finance the

était plus appropriée pour bien faire comprendre au jury la nécessité de trouver une preuve indépendante de la participation de l'accusé au complot. Je n'accède pas à cette demande.

Je conclus que la règle *Carter* demeure valable et que la preuve en question n'était pas exclue par la règle du ouï-dire. 33

Il reste à examiner l'argument selon lequel, même si l'exception relative aux coconspirateurs satisfait à l'exigence concernant l'existence d'indices de nécessité et de fiabilité, nous sommes en présence d'un des rares cas où la preuve relevant d'une exception valide à la règle du ouï-dire ne saurait néanmoins être admise, car les indices de nécessité et de fiabilité requis n'existent pas dans les circonstances particulières de l'espèce. Les mêmes considérations qui amènent à conclure que l'exception relative aux coconspirateurs satisfait aux exigences concernant l'existence d'indices de nécessité et de fiabilité s'appliquent en l'espèce. La nécessité est établie, faute de preuve directe émanant des déclarants coaccusés. Les indices de fiabilité se retrouvent dans les exigences de la règle *Carter* — la preuve hors de tout doute raisonnable d'un complot et celle de la participation de l'accusé à ce complot selon la prépondérance des probabilités — et dans la règle voulant que seules les déclarations faites en vue du complot soient admises. Il devient dès lors difficile de conclure que la preuve relevant de la règle *Carter* ne présente pas les indices de fiabilité et de nécessité requis pour l'admission de la preuve par ouï-dire selon la méthode d'analyse raisonnée. Sauf cas très exceptionnels, l'argument perd toute valeur à partir du moment où l'exception à la règle du ouï-dire est jugée conforme à la méthode d'analyse raisonnée. 34

Sommes-nous en présence d'un de ces cas? Le témoignage d'un coconspirateur comporte certainement des faiblesses. Wasfi avait sans doute une raison de mentir, à savoir le désir d'impliquer faussement l'appelant afin que Binahmad pense que l'argent de l'appelant servirait au meurtre. Selon l'appelant, Wasfi avait ses propres raisons de faire tuer Chand : se venger du viol allégué de sa petite amie et liquider une dette. Il a impliqué l'appelant parce que Binhamad savait qu'il ne pouvait lui-même 35

contract killing. Finally, the evidence showed that Wasfi was in jail at the time when Binahmad testified that the discussion took place.

36 These concerns, with the exception of the discrepancy as to the date of the conversation, do not go beyond concerns already addressed in the analysis of whether the co-conspirators' exception complies with the principled approach to the hearsay rule. They are characteristic of any conspiracy. Any weaknesses go to the ultimate weight of the evidence, which is for the jury to decide. Nor does Binahmad's error on when the conversation took place merit rejection of the evidence. This problem is one of ultimate reliability that the jury can decide. The trial judge reminded the jury in his charge about this difficulty, in the context of highlighting the defence position that both Wasfi and Binahmad were completely unreliable characters.

37 It follows that the appellant has not established that the evidence to which he objects constitutes one of those "rare cases" where evidence falling within a valid exception to the hearsay rule fails, in the peculiar circumstances of the case, to satisfy the indicia of necessity and reliability necessary for the admission of hearsay evidence.

III. Admissibility of Call No. 79

38 This phone call was initiated by Chow who called Wasfi, then handed over the phone to the appellant. After a brief exchange with Wasfi, the appellant returned the phone to Chow, who spoke with Wasfi for most of the remainder of the call, except for the very last part when the appellant comes back to talk to Wasfi. During this last interval, the appellant received a phone call from Chand and the appellant's side of the conversation with Chand was picked up by the wiretap. The intercept recorded the appellant telling the victim to meet him at the Rags to Riches lot in 15 minutes. When that call terminated, the appellant returned to his conversation with Wasfi and told him about this fortunate arrangement.

39 The appellant argues that the interception of his communications during this call was unlawful, as it exceeded the terms of the authorization. Chow was

financer l'assassinat. Enfin, la preuve indiquait que Wasfi était en prison au moment où, selon Binahmad, la discussion aurait eu lieu.

À part la contradiction quant à la date de la conversation, ces préoccupations sont du même ordre que celles déjà abordées dans l'examen de la question de la conformité de l'exception relative aux coconspirateurs avec la méthode d'analyse raisonnée de la règle du ouï-dire. Elles sont caractéristiques de tout complot. Toute faiblesse influe sur la valeur probante ultime de la preuve, et c'est au jury de décider. L'erreur de Binahmad quant au moment où la conversation a eu lieu ne justifie pas non plus le rejet de la preuve. Il s'agit d'un problème de fiabilité ultime que le jury peut trancher. Dans son exposé, le juge du procès a attiré l'attention du jury sur cette question lorsqu'il a rappelé la thèse de la défense selon laquelle Wasfi et Binahmad sont tous deux des individus dénués de crédibilité.

Il s'ensuit que l'appelant n'a pas établi que la preuve à laquelle il s'oppose constitue l'un des « rares cas » où la preuve relevant d'une exception valide à la règle du ouï-dire ne présente pas, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, les indices de nécessité et de fiabilité requis pour l'admissibilité de la preuve par ouï-dire.

III. Admissibilité de l'appel nº 79

Chow a composé le numéro de Wasfi, puis a passé le téléphone à l'appelant. Après un bref échange avec Wasfi, l'appelant a redonné le téléphone à Chow, qui a parlé avec son interlocuteur pendant presque tout le reste de la conversation téléphonique, exception faite d'un bref échange à la toute fin entre l'appelant et Wasfi. Durant ce dernier intervalle, l'appelant a reçu un appel de Chand, et cette partie de la conversation avec Chand a été interceptée par écoute électronique. Selon l'enregistrement, l'appelant disait à la victime de le rencontrer dans 15 minutes sur le terrain de Rags to Riches. Une fois l'appel terminé, l'appelant a repris sa conversation avec Wasfi et lui a fait part de cet heureux arrangement.

L'appelant soutient que l'interception de ses propos durant cet appel était illégale puisqu'elle excédait les conditions de l'autorisation. Chow était

named as a target in the authorization and his interception was therefore lawful. The call was being manually monitored. The authorization required the police to stop listening when Chow was not a party to the communication. Thus the issue is whether Chow continued to be a party to the conversation after the appellant took the cell phone from Chow. If the appellant had borrowed Chow's phone and called Wasfi, there is no doubt that the obligation to cease the interception would have been triggered. However, Chow initiated the call to Wasfi and both courts below found that he never ceased to be a party to the conversation, i.e., this was a three-way communication throughout, rather than a series of separate communications. Furthermore, as the respondent points out, the appellant himself characterized the call as a three-way conversation in cross-examination.

The appellant's case depends on this fundamental determination, which is of a factual nature. On the evidence before us, there is no basis to interfere with the findings in the courts below.

Given the relatively short duration of the call and the frequency with which the conversation moved back and forth between Chow, Mapara and Wasfi, it seems reasonable for the monitor listening to it to expect that Chow was constantly present in the background and likely to intervene in the conversation at any time. Practically speaking, it is difficult to say at which point they should have determined that Chow was no longer a party to the conversation, which became a communication solely between Mapara and Wasfi. I would not characterize the police conduct in monitoring this call as deliberate and unreasonable. Even if it could be said with regard to the very last part of the call, for instance, when Chow does not come back on the line, that there was an unlawful interception, this would not constitute a violation of sufficient seriousness to engage an inquiry under s. 24(2) of the *Charter* into whether the conduct brought the administration of justice into disrepute.

IV. Conclusion

I would dismiss the appeal and affirm the decision of the Court of Appeal.

désigné comme cible dans l'autorisation et l'interception de ses propos était donc légale. L'appel faisait l'objet d'une surveillance humaine. Selon l'autorisation, les policiers devaient cesser d'écouter lorsque Chow ne participait pas à la conversation. Il s'agit donc de savoir si Chow a continué d'y participer après avoir passé le téléphone à l'appelant. Si l'appelant avait emprunté le téléphone de Chow et avait appelé Wasfi, il y aurait eu clairement obligation de cesser l'interception de la conversation. Or c'est Chow qui a téléphoné à Wasfi et les deux cours d'instance inférieure ont décidé qu'il n'avait jamais cessé d'être partie à la conversation : il s'agissait d'un échange à trois pendant toute la conversation et non d'une série d'échanges séparés. De plus, comme le fait remarquer l'intimée, l'appelant lui-même a décrit cet appel comme un échange à trois lors de son contre-interrogatoire.

40 La défense de l'appelant repose sur cette question fondamentale, qui est de nature factuelle. Selon la preuve au dossier, il n'y a aucune raison de modifier les conclusions des cours d'instance inférieure.

41 Compte tenu de la durée relativement courte de l'appel et de la fréquence avec laquelle la conversation entre Chow, Mapara et Wasfi passait de l'un à l'autre, le préposé à l'écoute pouvait raisonnablement estimer que Chow était constamment présent en second plan et probablement prêt à intervenir dans la conversation à tout moment. Sur le plan pratique, il est difficile de dire à quel moment le policier aurait dû conclure que Chow ne participait plus à la conversation, qui s'est réduite à un échange entre Mapara et Wasfi. Je ne qualifierais pas de délibérée et déraisonnable la conduite du policier qui surveillait cet appel. Même si on pouvait dire relativement à la toute dernière partie de l'appel quand, par exemple, Chow ne reprend pas le combiné, qu'il s'agissait d'une interception illégale, cela ne constituerait pas une violation suffisamment grave pour qu'il faille se demander si, suivant le par. 24(2) de la *Charte*, la conduite de la police a déconsidéré l'administration de la justice.

IV. Conclusion

42 Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel.

The reasons of LeBel and Fish JJ. were delivered by

43 LEBEL J. — I have read the reasons of Chief Justice McLachlin. Although I agree with her opinion on the admissibility of call No. 79 and with the proposed disposition of this case, I differ from her with respect to the interaction of the co-conspirator's exception to the hearsay rule and the principled approach set out in *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40.

I. The Principled Approach to Hearsay Evidence — its Relevance

44 In *Starr*, our Court held that evidence falling within a traditional exception to the hearsay rule is presumptively admissible and that the exceptions should be interpreted in a manner consistent with the requirements of the principled approach: necessity and reliability (paras. 212-13). It was also recognized that, in spite of the application of an exception to the hearsay rule, evidence can be excluded in rare circumstances if it does not meet the principled approach's requirements of necessity and reliability (para. 214). Moreover, *Starr* does not differentiate between the types of hearsay exceptions. It appears therefore that all hearsay exceptions may potentially be subject to the requirements of the principled approach to the hearsay rule. This includes the co-conspirator's exception to hearsay, regardless of whether this exception is justified on the basis of the principles of agency, *res gestae* or admissions: see *R. v. Pilarinos* (2002), 2 C.R. (6th) 273, 2002 BCSC 855, at para. 68. The concern about the admission of unreliable evidence and the resulting impact on trial fairness must take priority: *R. v. Chang* (2003), 173 C.C.C. (3d) 397 (Ont. C.A.), at para. 86.

45 The requirements of the principled approach must continue to play a significant role in the application of the co-conspirator's exception as set out in *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938. To hold otherwise would seem to be incompatible with our Court's efforts over the last two decades to reshape the law of evidence as applicable to hearsay to temper the rigidity of the traditional hearsay rules.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus par

LE JUGE LEBEL — J'ai lu les motifs de la juge en chef McLachlin. Bien que je souscrive à son opinion concernant l'admissibilité de l'appel n° 79 ainsi qu'au dispositif qu'elle propose en l'espèce, je suis en désaccord sur l'interaction entre l'exception à la règle du ouï-dire dans le cas des coconspirateurs, dite exception relative aux coconspirateurs, et la méthode raisonnée énoncée dans *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40.

I. La méthode d'analyse raisonnée de la preuve par ouï-dire — sa pertinence

Dans *Starr*, la Cour a statué que la preuve relevant d'une exception traditionnelle à la règle du ouï-dire est présumée admissible et que les exceptions doivent être interprétées d'une manière conforme aux exigences de la méthode d'analyse raisonnée, soit la nécessité et la fiabilité (par. 212-213). Elle y a également reconnu que, même en cas d'application d'une exception à la règle du ouï-dire, il peut y avoir lieu d'exclure la preuve dans les rares cas où elle ne satisfait pas aux exigences de nécessité et de fiabilité de la méthode raisonnée (par. 214). De plus, l'arrêt *Starr* n'établit pas de distinction entre les types d'exception à la règle du ouï-dire. Il semble donc que toutes les exceptions à la règle du ouï-dire puissent être éventuellement soumises aux exigences de la méthode d'analyse raisonnée. Cela inclut l'exception relative aux coconspirateurs, que cette exception puise sa justification dans les principes du mandat, de la *res gestae* ou des aveux : voir *R. c. Pilarinos* (2002), 2 C.R. (6th) 273, 2002 BCSC 855, par. 68. Il faut tenir compte en priorité du risque que l'admission d'éléments de preuve non fiables ait une incidence sur l'équité du procès : *R. c. Chang* (2003), 173 C.C.C. (3d) 397 (C.A. Ont.), par. 86.

Les exigences de la méthode d'analyse raisonnée doivent continuer à jouer un rôle important dans l'application de l'exception relative aux coconspirateurs énoncée dans *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938. Affirmer le contraire semblerait incompatible avec les efforts qu'a déployés la Cour ces deux dernières décennies pour reformuler le droit de la preuve par ouï-dire afin de tempérer la rigidité des règles

In this respect, Lamer C.J. emphasized in *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, at para. 21, that, "[a]s the goal of our modifications of the principles governing hearsay has been to end the rigid artifice of pigeon-hole exceptions, it is important that new criteria remain flexible." Reliability and necessity have thus become the predominant criteria governing the admissibility of hearsay evidence.

Also, one has to bear in mind that, in developing the principled approach to the hearsay rule, our Court has been concerned with the potentially prejudicial effects of the intrinsic dangers of hearsay evidence, namely the absence of oath and cross-examination, and the inability of the trier of fact to assess the demeanour of the declarant: see *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 787; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at paras. 74-75; *Starr*, at paras. 200 and 212. The existence of these dangers offers further justification for maintaining indicia of reliability and necessity as part of the analysis regarding the admissibility of hearsay statements under an established exception such as the co-conspirator rule.

Trial fairness and the principles of fundamental justice also militate in favour of considering these indicia in a manner that offers sufficient flexibility. As the majority said in *Starr*:

> This is particularly true in the criminal context given the "fundamental principle of justice, protected by the *Charter*, that the innocent must not be convicted": *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 24, quoted in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 71. It would compromise trial fairness, and raise the spectre of wrongful convictions, if the Crown is allowed to introduce unreliable hearsay against the accused, regardless of whether it happens to fall within an existing exception. [para. 200]

Courts have generally recognized that the co-conspirator's exception to the hearsay rule is subject to the requirements of the principled approach, or that the presumptive validity of the co-conspirator's evidence can be displaced in particular circumstances: see *R. v. Ticknovich* (2003), 343 A.R. 243, 2003 ABQB 854, at paras. 30-31; *R. v. Duncan*

traditionnelles en la matière. À cet égard, le juge en chef Lamer a souligné, dans *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, par. 21, que « [p]uisque notre modification des principes régissant le ouï-dire vise à mettre fin à l'artifice rigide des exceptions compartimentées, il importe que les nouveaux critères demeurent souples. » La fiabilité et la nécessité sont ainsi devenues les critères prédominants en matière d'admissibilité de la preuve par ouï-dire.

46 En outre, il ne faut pas perdre de vue qu'en élaborant la méthode d'analyse raisonnée de la règle du ouï-dire, la Cour était préoccupée par les effets potentiellement préjudiciables des dangers inhérents à la preuve par ouï-dire, à savoir l'absence de serment et de contre-interrogatoire, ainsi que l'impossibilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement du déclarant : voir *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 787; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 74-75; *Starr*, par. 200 et 212. L'existence de ces dangers constitue une autre raison de conserver les indices de fiabilité et de nécessité dans le cadre de l'analyse de l'admissibilité des déclarations relatées en vertu d'une exception reconnue telle la règle relative aux coconspirateurs.

47 L'équité du procès et les principes de justice fondamentale commandent également de considérer ces indices avec suffisamment de souplesse. Comme la Cour à la majorité l'a déclaré dans *Starr* :

> Cela est particulièrement vrai en matière criminelle, étant donné que « la règle selon laquelle l'innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte* » : *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, au par. 24, cité dans l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au par. 71. Si on permettait au ministère public de présenter une preuve par ouï-dire non fiable contre l'accusé, peu importe qu'elle se trouve ou non à relever d'une exception existante, cela compromettrait l'équité du procès et ferait apparaître le spectre des déclarations de culpabilité erronées. [par. 200]

48 Les tribunaux reconnaissent généralement que l'exception relative aux coconspirateurs est assujettie aux exigences de la méthode d'analyse raisonnée ou que la présomption de validité du témoignage d'un coconspirateur peut être écartée dans des circonstances particulières : voir *R. c. Ticknovich* (2003), 343 A.R. 243, 2003 ABQB 854, par. 30-31; *R. c. Duncan*

(2002), 1 C.R. (6th) 265 (Man. Prov. Ct.), at paras. 59-67; *Pilarinos*, at para. 68. It is interesting to note as well that in *Chang*, the Ontario Court of Appeal, despite its restrictive view of the application of the principled approach to the co-conspirator's exception, recognized that there may be occasions when the circumstances surrounding the making of a particular statement raise such serious suspicions about its reliability that the court will exclude the evidence even though it may comply with the co-conspirator rule: *Chang*, at para. 125.

49 Many commentators have also pointed out the unreliability of evidence that falls within the co-conspirator's exception to the hearsay rule: M. R. Goode, *Criminal Conspiracy in Canada* (1975), at p. 252; S. Whitzman, "Proof of Conspiracy: The Co-conspirator's Exception to the Hearsay Rule" (1985-86), 28 *Crim. L.Q.* 203, at p. 205; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at p. 682; H. Stewart, "Hearsay after *Starr*" (2002), 7 *Can. Crim. L.R.* 5, at pp. 15-16; D. Layton, "*R. v. Pilarinos*: Evaluating the Co-conspirators or Joint Venture Exception to the Hearsay Rule" (2002), 2 C.R. (6th) 293, at p. 303; B. P. Archibald, "The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?" (2000), 25 *Queen's L.J.* 1, at p. 49.

50 Because of this unreliability, both the courts and the commentators have raised serious concerns as to whether the procedure mandated by *Carter* meets the requirements of the principled approach. The following are among the chief concerns that have been raised. First, the reliability of a hearsay statement is not necessarily bolstered if it was made in a joint venture. The existence of a joint venture does not uniformly lead to an increased probability that the declarant's statement is accurate: see Layton, at pp. 303-4. As Bennett J. wrote in *Pilarinos*, at para. 66:

> Jurianszz J. [in *R. v. Hape*, [2002] O.J. No. 168 (QL) (S.C.J.)] appears to conclude that if the stages of *Carter* are met, then a circumstantial guarantee of trustworthiness exists. This may be the result in some cases, but it will certainly not be the result in all cases, and it cannot

(2002), 1 C.R. (6th) 265 (C. prov. Man.), par. 59-67; *Pilarinos*, par. 68. Il est intéressant de noter également que la Cour d'appel de l'Ontario dans *Chang*, malgré sa conception restrictive de l'application de la méthode d'analyse raisonnée à l'exception relative aux coconspirateurs, a reconnu qu'il pouvait arriver que les circonstances d'une déclaration particulière soulèvent des doutes tellement graves quant à sa fiabilité que le tribunal exclura la preuve malgré sa conformité à la règle relative aux coconspirateurs : *Chang*, par. 125.

Nombre d'auteurs ont également souligné le peu de fiabilité de la preuve relevant de l'exception relative aux coconspirateurs : M. R. Goode, *Criminal Conspiracy in Canada* (1975), p. 252; S. Whitzman, « Proof of Conspiracy : The Co-conspirator's Exception to the Hearsay Rule » (1985-86), 28 *Crim. L.Q.* 203, p. 205; D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (4e éd. 2001), p. 682; H. Stewart, « Hearsay after *Starr* » (2002), 7 *Rev. can. D.P.* 5, p. 15-16; D. Layton, « *R. v. Pilarinos* : Evaluating the Co-conspirators or Joint Venture Exception to the Hearsay Rule » (2002), 2 C.R. (6th) 293, p. 303; B. P. Archibald, « The Canadian Hearsay Revolution : Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All? » (2000), 25 *Queen's L.J.* 1, p. 49.

En raison de ce peu de fiabilité, de sérieuses préoccupations ont été soulevées, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine, relativement à la question de savoir si la méthode prescrite dans l'arrêt *Carter* répond aux exigences de la méthode d'analyse raisonnée. Les préoccupations majeures suivantes ont notamment été exprimées. Premièrement, une déclaration relatée ne gagne pas nécessairement en fiabilité pour avoir été faite dans le cadre d'une entreprise commune. L'existence d'une entreprise commune n'augmente pas forcément la probabilité que la déclaration du déclarant soit exacte : voir Layton, p. 303-304. Comme l'a écrit le juge Bennett dans *Pilarinos*, par. 66 :

> [TRADUCTION] Le juge Jurianszz [dans *R. c. Hape*, [2002] O.J. No. 168 (QL) (C.S.J.)] paraît conclure que le respect des étapes prescrites dans l'arrêt *Carter* crée une garantie circonstancielle de fiabilité. Ce résultat peut certes se produire dans certains cas, mais il ne se

be taken as a given. The *Carter* test provides safeguards for the accused, but that does not necessarily equate with the hearsay statement being accompanied by a circumstantial guarantee of trustworthiness.

Second, insofar as the *Carter* process requires the trier of fact to look at corroborative evidence, it is in conflict with the principled approach to the hearsay rule as developed in *Starr*. The proof of a conspiracy derived from the first and second stages of *Carter*, although not inherently corroborative of the hearsay statement, will sometimes allow certain statements to be taken into account that are external to the immediate surrounding circumstances of those statements. The co-conspirator rule may thus run counter to the position of the majority in *Starr*, at para. 217, where it was held that only evidence that concerns the circumstances of the statement itself may be taken into consideration. See also *Duncan*, at para. 54.

Third, the *Carter* process does not allow the declarant's motive to lie, which will in some circumstances be relevant to the determination of threshold reliability, to be taken into consideration. Members of a criminal conspiracy often have motives to lie, especially given that criminal success is not achieved through meticulous fidelity to the truth: see Layton, at p. 304. Conspirators may wish to understate their own involvement and emphasize the role of their partners in crime in the hope of being shown leniency or gaining a personal advantage. In this respect, the agency theory for the co-conspirator rule might very well minimize the likelihood that a co-conspirator would misrepresent the intention of the others, although it should not be assumed that it will unfailingly do so. Even *res gestae*-type qualities do not implicitly and invariably provide sufficient safeguards.

Thus, it cannot be taken for granted that the essential indicia of reliability will always be present in the case of the co-conspirator's exception to the hearsay rule. Although the first two stages of the *Carter* process do provide some circumstantial indicators

produira sûrement pas dans tous les cas, et on ne peut le tenir pour acquis. Le critère de l'arrêt *Carter* offre des garanties à l'accusé, mais il ne confère pas automatiquement à la déclaration relatée une garantie circonstancielle de fiabilité.

51 Deuxièmement, dans la mesure où elle oblige le juge des faits à rechercher une preuve corroborante, la méthode *Carter* entre en conflit avec la méthode d'analyse raisonnée de la règle du ouï-dire, dégagée dans *Starr*. Même si elle ne corrobore pas en soi la déclaration relatée, la preuve d'un complot découlant de l'application de la première et de la seconde étape de *Carter* permettra parfois de prendre en compte certaines déclarations extérieures aux circonstances immédiates qui les ont entourées. La règle relative aux coconspirateurs peut donc aller à l'encontre de la position majoritaire adoptée dans *Starr*, par. 217, où l'on a conclu que seule peut être prise en considération la preuve ayant trait aux circonstances de la déclaration elle-même. Voir aussi *Duncan*, par. 54.

52 Troisièmement, la méthode *Carter* ne permet pas de prendre en considération la raison que le déclarant peut avoir de mentir, élément qui, dans certaines circonstances, sera pertinent pour déterminer le seuil de fiabilité. Les membres d'un complot criminel auront souvent des raisons de mentir, surtout si l'on considère que la réussite de leur entreprise criminelle ne repose pas sur une fidélité méticuleuse à la vérité : voir Layton, p. 304. Il est possible que des coconspirateurs veuillent minimiser leur propre participation ou accentuer celle de leurs associés dans l'entreprise criminelle, dans l'espoir d'obtenir la clémence du tribunal ou un avantage personnel. À cet égard, il se peut fort bien que la théorie du mandat étayant la règle relative aux coconspirateurs sous-estime la probabilité qu'un coconspirateur déforme l'intention des autres, mais il ne faut pas présumer que ce soit toujours le cas. Même les qualités propres à la *res gestae* n'offrent pas implicitement et invariablement des garanties suffisantes.

53 Par conséquent, on ne saurait tenir pour acquis que les indices essentiels de fiabilité sont présents dans tous les cas où l'exception relative aux coconspirateurs est invoquée. Bien que les deux premières étapes de la méthode *Carter* offrent effectivement

of reliability, too many deficiencies in that process may allow mistaken or untruthful hearsay declarations to be admitted in evidence. The *Carter* process is also ill suited to accounting for all the different types of situations arising out of joint ventures in a criminal context.

54 These concerns, as well as the dangers of hearsay and the need to avoid unfairness and wrongful convictions, call for a contextual approach to the application of the co-conspirator's exception to the hearsay rule. The process should provide sufficient flexibility to the trial judge to assess whether, in the particular factual context, a hearsay declaration possesses sufficient indicia of reliability and necessity.

55 In her reasons in this case, the Chief Justice finds that the *Carter* rule alone provides sufficient circumstantial guarantees of trustworthiness and accords with the fundamental criteria of necessity and reliability. In light of the above, I disagree with that conclusion. In my view, the *Carter* process does not in itself provide sufficient safeguards.

II. Application of the Principled Approach

56 The admissibility of evidence based on the co-conspirator's exception should be determined according to the principled approach to the hearsay rule when the circumstances in which the evidence was obtained or given raise real and serious concerns as to reliability or necessity. In such circumstances, the trial judge should be required to scrutinize the evidence to ensure that it meets the criteria of the principled approach: *Chang*, at para. 127. There is a need to depart from the *Carter* process and allow careful scrutiny where the theoretical justification for the co-conspirator's exception collides with the facts or circumstances of the case. The rationale for the exception has then been displaced and the trier of fact must avoid relying on that evidence when following the *Carter* process: see the comments made by L'Heureux-Dubé J. in *Starr*, at para. 57, although I disagree with the assertion that an exception will be challenged only when there are "facts, generally applicable to a class of

des indicateurs circonstanciels de fiabilité, cette méthode comporte trop de failles créant un risque d'admission en preuve de déclarations relatées erronées ou mensongères. Elle ne permet pas non plus de prendre en compte tous les types de situations susceptibles de se produire dans une entreprise commune criminelle.

Ces préoccupations, ainsi que les dangers du ouï-dire et la nécessité d'éviter des condamnations injustes et erronées commandent une approche contextuelle de l'application de l'exception relative aux coconspirateurs. La démarche doit être suffisamment souple pour permettre au juge du procès de déterminer si, d'après les faits de l'espèce, une déclaration relatée présente des indices suffisants de fiabilité et de nécessité.

Dans ses motifs de jugement en l'espèce, la Juge en chef estime que la règle *Carter* offre à elle seule des garanties circonstancielles de fiabilité suffisantes tout en étant conforme aux critères fondamentaux de nécessité et de fiabilité. Vu ce qui précède, je ne partage pas cette conclusion. À mon avis, la méthode *Carter* ne présente pas en soi des garanties suffisantes.

II. Application de la méthode d'analyse raisonnée

L'admissibilité d'un élément de preuve au titre de l'exception relative aux coconspirateurs doit être déterminée selon la méthode d'analyse raisonnée de la règle du ouï-dire lorsque les circonstances dans lesquelles la preuve ou le témoignage a été obtenu ou recueilli, selon le cas, soulève des préoccupations réelles et sérieuses du point de vue de la nécessité ou de la fiabilité. Dans ces circonstances, le juge du procès doit examiner attentivement la preuve pour vérifier si elle respecte les critères de la méthode d'analyse raisonnée : *Chang*, par. 127. Il est justifié de s'écarter de la méthode *Carter* pour procéder à un examen attentif dans les cas où le fondement théorique de l'exception relative aux coconspirateurs entre en conflit avec les faits ou les circonstances de l'affaire. L'exception perd alors sa raison d'être et le juge des faits doit éviter de s'appuyer sur la preuve en cause lorsqu'il applique la méthode *Carter* : voir les commentaires de la juge L'Heureux-Dubé dans *Starr*, par. 57, quoique je ne sois pas d'accord avec

persons", which weaken the theoretical justification of an exception to hearsay.

In her reasons, the Chief Justice recognizes that in the "most exceptional cases" the exception to hearsay might not comply with the principled approach to the hearsay rule (para. 34). This is too high a threshold. The principled approach cannot be curtailed to a point where it allows for untruthful and mistaken hearsay declarations to be admitted under a rule that fails to attain its objectives. Instead, the Court should adopt another standard that will provide sufficient guarantees of reliability and preserve the efficiency of trials while ensuring trial fairness.

The standard of serious concerns or suspicions is not as restrictive as the solution proposed by the majority in this case. It recognizes that the traditional hearsay exceptions will normally suffice, but it does not limit the application of the principled approach solely to the "most exceptional" ones. The serious concerns or suspicions standard better responds to the concerns raised in *Starr* as to the reliability of evidence tendered under a traditional exception to the hearsay rule even if only in "rare" cases (para. 214).

Circumstances of strong suspicion could be present where there are clear indications that a statement could not have been made, that it was intended to mislead or that the declarant lied, or that coercion or inducements were used to obtain the statement. However, this list is not exhaustive.

I wish to stress that a *voir dire* to assess hearsay evidence of co-conspirators on the basis of the principled approach will remain the exception. It will be required only when a party raises real and serious concerns about necessity or reliability by providing concrete and particularized reasons, or by pointing to a specific evidentiary basis for the alleged concerns. Those concerns will have to emerge from the circumstances in which a declaration was made or is being tendered: *Chang*, at para. 132. The burden of

l'affirmation selon laquelle une exception ne devrait être remise en question qu'en présence de « faits, généralement applicables à une catégorie de personnes », minant la justification théorique de l'exception.

57 Dans ses motifs, la Juge en chef reconnaît que, dans des « cas très exceptionnels », l'exception à l'irrecevabilité du ouï-dire pourrait ne pas être conforme à la méthode d'analyse raisonnée (par. 34). Ce seuil est trop élevé. On ne saurait, en restreignant ainsi les paramètres de l'approche raisonnée, permettre l'admission de déclarations relatées mensongères et erronées en vertu d'une règle qui ne répond pas à ses objectifs. La Cour devrait plutôt adopter une autre norme qui offrira des garanties de fiabilité suffisantes et permettra de préserver l'efficacité des procès tout en assurant leur équité.

58 La norme des préoccupations et des doutes sérieux n'est pas aussi restrictive que la solution proposée par les juges majoritaires en l'espèce. Elle reconnaît que les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire suffiront normalement, mais elle ne limite pas l'application de la méthode d'analyse raisonnée aux seuls « cas très exceptionnels ». La norme des préoccupations ou des doutes sérieux répond mieux aux préoccupations soulevées dans *Starr* en ce qui concerne la fiabilité de la preuve présentée en vertu d'une exception traditionnelle à la règle du ouï-dire, fût-ce dans de « rares » cas (par. 214).

59 Il pourrait exister de forts doutes dans les cas où il y a de nettes indications qu'une déclaration n'a pas pu être faite, qu'elle visait à tromper ou que le déclarant a menti, ou encore que son obtention résulte de la contrainte ou d'encouragements. Cette liste n'est toutefois pas exhaustive.

60 J'aimerais souligner qu'un voir-dire sur l'admissibilité de la preuve par ouï-dire émanant de coconspirateurs suivant la méthode d'analyse raisonnée demeurera l'exception. Il n'y aura lieu de tenir un voir-dire que dans les cas où une partie soulève des préoccupations sérieuses et réelles quant à la nécessité ou à la fiabilité en apportant des raisons concrètes et détaillées ou en étayant ces préoccupations sur des éléments de preuve précis. Ces préoccupations devront ressortir des circonstances dans lesquelles

raising such concerns is borne by the party opposing the admission of the statement.

61 A difficult question arises as to when the principled approach to the hearsay rule should be followed. Generally, the admissibility of evidence is determined when it is tendered, subject to the discretion of a trial judge to require assurances by counsel that the criteria for admissibility will ultimately be satisfied. A problem arises here because, as we know, the *Carter* process takes place at the end of the trial when the trier of fact is called upon to assess the evidence. It has been suggested in some cases that the principled approach should be followed at the conclusion of all the evidence (*Duncan*, at para. 65; *Pilarinos*, at para. 70) or at the point where the *Carter* steps are proven (*R. v. Hape*, [2002] O.J. No. 168 (QL) (S.C.J.), at para. 15). I prefer an approach that provides sufficient flexibility to the trial judge to determine the appropriate time to hold a *voir dire* while ensuring that it is held before *Carter* is applied at the end of the trial. Therefore, I am of the opinion that the trial judge has the discretion to determine when a *voir dire* is necessary to screen a declaration against the necessity or reliability criteria, as long as it is held before the case is left with the trier of fact: *Chang*, at para. 130.

62 Thus, the evidence should be provisionally admitted when tendered. The principled approach will come into play if a party satisfies its burden to raise serious concerns or suspicions as to reliability or necessity. If the trial judge finds that the burden is met, then a *voir dire* should be held to determine whether or not the hearsay declaration meets the requirements of the principled approach. Where a party is unable to raise any serious concerns or suspicions, the trier of fact will apply the *Carter* steps as usual at the end of the trial.

la déclaration a été faite ou est présentée : *Chang*, par. 132. C'est à la partie qui s'oppose à l'admission de la déclaration qu'incombe la charge de soulever ces préoccupations.

Une question difficile se pose quant au moment où il convient d'appliquer la méthode d'analyse raisonnée à la règle du ouï-dire. De façon générale, l'admissibilité de la preuve est déterminée au moment de sa présentation, sous réserve du pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'exiger que les procureurs lui donnent l'assurance que les critères d'admissibilité seront ultimement respectés. Or un problème se pose en l'espèce car, comme nous le savons, la méthode *Carter* s'applique à la fin du procès, lorsque le juge des faits est appelé à apprécier la preuve. On a suggéré, dans certaines affaires, d'appliquer la méthode d'analyse raisonnée une fois la preuve des deux parties close (*Duncan*, par. 65; *Pilarinos*, par. 70) ou une fois les étapes de l'arrêt *Carter* franchies (*R. c. Hape*, [2002] O.J. No. 168 (QL) (C.S.J.), par. 15). Je préfère une approche qui accorde au juge du procès la souplesse voulue pour décider du moment indiqué pour tenir un voir-dire, en s'assurant de le tenir avant l'application de l'arrêt *Carter* à la fin du procès. Je suis d'avis que le juge du procès possède le pouvoir discrétionnaire de décider à quel moment il est nécessaire de tenir un voir-dire pour vérifier si une déclaration satisfait aux critères de nécessité ou de fiabilité, pourvu que ce voir-dire ait lieu avant que l'affaire ne soit soumise au juge des faits : *Chang*, par. 130.

Par conséquent, l'élément de preuve devrait être provisoirement admis lorsqu'il est présenté. La méthode raisonnée sera appliquée si une partie satisfait au fardeau de preuve applicable à cet égard et soulève des préoccupations ou des doutes sérieux quant à la nécessité ou à la fiabilité. Si le juge du procès estime que la partie s'est acquittée de ce fardeau, il doit alors tenir un voir-dire pour déterminer si la déclaration relatée respecte les exigences de la méthode raisonnée. Dans les cas où la partie est incapable de soulever des préoccupations ou des doutes sérieux, le juge des faits appliquera comme d'habitude, à la fin du procès, les étapes prévues par l'arrêt *Carter*.

The approach highlighted above will help to achieve a balance between the efficiency and the fairness of the trial process. In addition, public confidence is less likely to be diminished by the admission of mistaken and untruthful statements as a result of the mechanical application of an inflexible method. Such a compromise becomes necessary when fundamental principles of justice are at stake and there is a risk of wrongful conviction.

On the facts of this case, I agree with my colleagues that the appellant has not established that the evidence to which he objects raises serious and real concerns as to its reliability. Had it been known at the relevant time, the fact that Wasfi was in jail when his discussion with Binahmad allegedly occurred might well have changed my conclusion. However, that fact was not discovered until after the *voir dire* held by Oppal J. into the admissibility of Binahmad's evidence: A.R., vol. IX, at p. 1541. As to the presence in this case of motives to lie, they are not sufficient in my view to raise serious concerns. I therefore agree with the Chief Justice on the disposition of this case.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Gil D. McKinnon, Vancouver.

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

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

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

63 L'approche préconisée contribuera à réaliser un équilibre entre l'efficacité du procès et son équité. De plus, la confiance du public risque moins de s'éroder du fait de l'admission en preuve de déclarations erronées et mensongères par suite de l'application mécanique d'une méthode rigide. Pareil compromis s'impose lorsque les principes fondamentaux de justice sont en jeu et qu'il y a risque de déclarations de culpabilité erronées.

64 Vu les faits de la présente espèce, je conviens avec mes collègues que l'appelant n'a pas établi que la preuve à laquelle il s'oppose soulève des préoccupations sérieuses et réelles quant à sa fiabilité. Le fait que Wasfi était en prison à l'époque où la discussion entre lui et Binahmad aurait eu lieu, s'il avait été connu au moment pertinent, aurait pu modifier ma conclusion. Ce fait, toutefois, n'a été découvert qu'après le voir-dire tenu par le juge Oppal sur l'admissibilité du témoignage de Binahmad : D.A., vol. IX, p. 1541. Quant aux raisons de mentir dans cette affaire, elles ne suffisent pas, à mon avis, pour soulever des préoccupations sérieuses. Je souscris donc à l'opinion de la Juge en chef quant à l'issue du présent pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Gil D. McKinnon, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

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

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

Simon Kwok Cheng Chow *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* CHOW

Neutral citation: 2005 SCC 24.

File No.: 29919.

2004: December 16; 2005: April 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Interception of communications — Accused and three co-accused charged with murder — Crown's case against accused based largely on intercepted telephone conversations — Accused's name not mentioned in affidavit accompanying first two applications for authorization — Accused alleging that subsequent authorizations rested on information unlawfully obtained from first two authorizations — Whether accused's right to be secure against unreasonable search or seizure violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Criminal law — Interception of communications — Successive authorizations — Accused and three co-accused charged with murder — Crown's case against accused based largely on intercepted telephone conversations — Accused's name not mentioned in affidavit accompanying first two applications for authorization — Accused alleging that subsequent authorizations rested on information unlawfully obtained from first two authorizations — Whether accused "known" person within meaning of Criminal Code when first two authorizations sought and obtained — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 185(1)(e).

Criminal law — Procedure — Separate trials — Accused and three co-accused charged with murder — Whether accused entitled to severance in order to

Simon Kwok Cheng Chow *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* CHOW

Référence neutre : 2005 CSC 24.

N° du greffe : 29919.

2004 : 16 décembre; 2005 : 27 avril.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Interception de communications — Accusé et trois coaccusés inculpés de meurtre — Preuve du ministère public contre l'accusé principalement fondée sur des conversations téléphoniques interceptées — Aucune indication du nom de l'accusé dans l'affidavit accompagnant les deux premières demandes d'autorisation — Prétention de l'accusé que les autorisations subséquentes reposaient sur des renseignements obtenus illégalement en vertu des deux premières autorisations — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit criminel — Interception de communications — Autorisations successives — Accusé et trois coaccusés inculpés de meurtre — Preuve du ministère public contre l'accusé principalement fondée sur des conversations téléphoniques interceptées — Aucune indication du nom de l'accusé dans l'affidavit accompagnant les deux premières demandes d'autorisation — Prétention de l'accusé que les autorisations subséquentes reposaient sur des renseignements obtenus illégalement en vertu des deux premières autorisations — L'accusé était-il une personne « connue » au sens du Code criminel lorsque les deux premières autorisations ont été demandées et obtenues? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 185(1)e).

Droit criminel — Procédure — Procès distincts — Accusé et trois coaccusés inculpés de meurtre — L'accusé a-t-il droit à un procès distinct afin de pouvoir

compel one of co-accused to testify — Whether denial of severance deprived him of right to make full answer and defence.

The accused was convicted by jury of murder in the first degree for a killing planned and carried out with co-conspirators. The victim was shot by a co-accused. The Crown's case against the accused was that he was privy to the murder and knowingly remitted the payment for the contract killing to the getaway driver. The accused's defence was that the payment had nothing to do with the murder but was related to a marijuana project. The Crown had mounted a compelling circumstantial case, based largely on intercepted telephone conversations. The calls had been intercepted pursuant to eleven successive authorizations, of which the sixth and seventh yielded evidence crucial to the case against the accused. He applied for exclusion of the wiretap evidence pursuant to ss. 8 and 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, arguing that he was a "known" person whose name was not disclosed when the first and second wiretap authorizations were sought and obtained and that the third and subsequent authorizations rested on the foundation of information unlawfully obtained from the second. He also applied for severance in order to compel one of his co-accused to testify. Both applications were dismissed. The Court of Appeal dismissed the accused's appeal against his conviction as well as his application to re-open the hearing on the issue of severance.

Held: The appeal should be dismissed.

The accused's constitutionally protected right to privacy was not violated by the interception of his private communications pursuant to the sixth and seventh authorizations. First, he was not a "known" person within the meaning of s. 185(1) of the *Criminal Code* when the first and second wiretap authorizations were sought and obtained, because the officers concerned did not yet then have reasonable grounds to believe that he was connected to the offence they were investigating. Second, even if it were assumed that the accused was then a "known" person, evidence unaffected by the alleged breach of his *Charter* rights amply supported the subsequent authorizations. [8] [39] [41]

The accused was not entitled in this case to severance in order to compel a co-accused to testify. The

contraindre un des coaccusés à témoigner? — Le refus d'un procès distinct l'a-t-il privé de son droit à une défense pleine et entière?

L'accusé a été déclaré coupable par un jury de meurtre au premier degré pour avoir commis avec préméditation un meurtre avec des coconspirateurs. Un coaccusé a abattu la victime. La preuve du ministère public contre l'accusé est que celui-ci était au courant du plan de meurtre et a, en toute connaissance de cause, remis au conducteur du véhicule ayant servi à la fuite l'argent du meurtre commandé. En défense, l'accusé a fait valoir que le paiement n'avait rien à voir avec le meurtre, mais concernait une affaire de marijuana. Le ministère public avait recueilli une preuve circonstancielle convaincante, fondée principalement sur des conversations téléphoniques interceptées. Les appels avaient été interceptés en vertu de onze autorisations successives, dont la sixième et la septième avaient permis d'obtenir des éléments cruciaux pour la preuve contre l'accusé. Invoquant les art. 8 et 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, celui-ci a demandé l'exclusion de la preuve obtenue par écoute électronique, faisant valoir qu'il était une personne « connue » mais dont le nom n'avait pas été indiqué lorsque la première et la deuxième autorisations d'écoute électronique ont été demandées et obtenues, et que la troisième autorisation et les autres qui ont suivi reposaient sur des renseignements obtenus illégalement en vertu de la deuxième autorisation. Il a aussi demandé un procès distinct afin de contraindre un des coaccusés à témoigner. Les deux demandes ont été rejetées. La Cour d'appel a rejeté son appel contre sa condamnation ainsi que sa demande de réouverture de l'appel sur la question de la tenue de procès distincts.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'interception des communications privées de l'accusé en vertu des sixième et septième autorisations n'a pas porté atteinte au droit à la vie privée qui lui est garanti par la Constitution. Premièrement, l'accusé n'était pas une personne « connue » au sens du par. 185(1) du *Code criminel* lorsque la première et la deuxième autorisations d'écoute électronique ont été demandées et obtenues, parce que les policiers concernés n'avaient pas encore de motifs raisonnables de croire qu'il existait un lien entre lui et l'infraction sur laquelle ils enquêtaient. Deuxièmement, même si on présumait qu'il était alors une personne « connue », des éléments de preuve non touchés par la prétendue violation de ses droits garantis par la *Charte* étayaient amplement les autorisations subséquentes. [8] [39] [41]

L'accusé n'avait pas droit en l'espèce à un procès distinct pour contraindre un coaccusé à témoigner. Le

only evidence that was not before the trial judge when he denied the accused's severance application was a reference by the co-accused who shot the victim to the getaway driver's statement that he was to attend a meeting about "some old weed business" on the day of the payment. However, this co-accused's proposed testimony that he had not received any payment for the shooting was considered by the trial judge and was in fact put to the jury. It is well established that separate trials for alleged co-conspirators are the exception, and not the rule. The relevance and admissibility of a co-accused's evidence do not alone entitle a jointly charged accused to a separate trial. In principle, severance will be granted only where a joint trial would work an injustice to the accused. Here, the accused's inability to compel his co-accused to testify did not result in a miscarriage of justice. The co-accused's proposed evidence could hardly have changed the jury's verdict. Though relevant, it was of slight probative value in the context of the case as a whole. [10] [45] [47] [51]

Cases Cited

Applied: *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858; *R. v. Torbiak and Gillis* (1978), 40 C.C.C. (2d) 193; **referred to:** *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148; *R. v. Commisso*, [1983] 2 S.C.R. 121.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 185(1)(*e*), 675(1)(*a*)(ii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Saunders and Low JJ.A.) (2003), 179 B.C.A.C. 92, 295 W.A.C. 92, 180 C.C.C. (3d) 184, [2003] B.C.J. No. 452 (QL), 2003 BCCA 131 (*sub nom. R. v. Mapara*; *R. v. Chow*), upholding the accused's conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

Peter Leask, *Q.C.*, and *Jeremy Gellis*, for the appellant.

Henry J. R. Reiner, *Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

seul élément de preuve dont ne disposait pas le juge du procès lorsqu'il a rejeté la demande d'un procès distinct de l'accusé était la mention, par le coaccusé qui a tiré sur la victime, de la déclaration du chauffeur du véhicule ayant servi à la fuite qu'il devait aller, le jour du paiement, à une rencontre concernant « une vieille affaire d'herbe ». Cependant le témoignage que ce coaccusé aurait apporté et selon lequel il n'avait pas reçu d'argent pour le meurtre a été pris en compte par le juge du procès et a été, en fait, soumis à l'appréciation du jury. Il est bien établi que la tenue de procès distincts pour de présumés comploteurs est l'exception et non la règle. La pertinence et la recevabilité du témoignage d'un coaccusé ne donnent pas, à elles seules, à une personne accusée conjointement de meurtre le droit à un procès distinct. En principe, la tenue d'un procès distinct ne sera ordonnée que s'il est établi qu'un procès conjoint causerait une injustice à l'accusé. En l'espèce, l'impossibilité pour l'accusé de contraindre un coaccusé à témoigner n'a pas entraîné d'erreur judiciaire. Le témoignage que le coaccusé aurait apporté n'aurait guère changé le verdict du jury. Bien que pertinent, il avait une faible valeur probante eu égard à l'ensemble de la preuve. [10] [45] [47] [51]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *R. c. Torbiak and Gillis* (1978), 40 C.C.C. (2d) 193; **arrêts mentionnés :** *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148; *R. c. Commisso*, [1983] 2 R.C.S. 121.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 185(1)*e*), 675(1)*a*)(ii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Saunders et Low) (2003), 179 B.C.A.C. 92, 295 W.A.C. 92, 180 C.C.C. (3d) 184, [2003] B.C.J. No. 452 (QL), 2003 BCCA 131 (*sub nom. R. c. Mapara*; *R. c. Chow*), qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

Peter Leask, *c.r.*, et *Jeremy Gellis*, pour l'appelant.

Henry J. R. Reiner, *c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

FISH J. —

I

Overview

Simon Kwok Cheng Chow was convicted by a jury of murder in the first degree. He and three co-accused — Sameer Mapara, George Wasfi, and Shane Kelly Shoemaker — were alleged by the Crown to have planned and carried out the murder of Vikash Chand.

The Crown had mounted against them what the Court of Appeal characterized as a "compelling circumstantial case", based largely on intercepted telephone conversations. The Crown relied as well on the testimony of the getaway driver, Haddi Binahmad, who had been granted immunity in exchange for his evidence.

At trial, Chow applied for severance in order to compel Shoemaker to testify. He also applied for exclusion of the wiretap evidence, pursuant to ss. 8 and 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Both applications were dismissed.

Chow was convicted and his conviction was affirmed by the British Columbia Court of Appeal ((2003), 179 B.C.A.C. 92, 2003 BCCA 131).

In this Court, Chow attacks his conviction on two main grounds: first, that the intercepted communications should have been declared inadmissible against him; second, that the denial of severance deprived him of his right to make full answer and defence.

Neither ground succeeds.

On the first ground, Chow argues that he was known to the police but not named, as required by law, when the first wiretap authorization was sought and obtained. His private communications intercepted under its authority, he says, were therefore obtained in violation of his right, under s. 8 of the

LE JUGE FISH —

I

Aperçu

1 Simon Kwok Cheng Chow a été déclaré coupable de meurtre au premier degré par un jury. Il a été accusé avec trois autres personnes — Sameer Mapara, George Wasfi et Shane Kelly Shoemaker — d'avoir commis avec préméditation le meurtre de Vikash Chand.

2 Le ministère public avait recueilli contre eux ce qui, selon la Cour d'appel, constitue une [TRADUCTION] « preuve circonstancielle convaincante », fondée principalement sur des conversations téléphoniques interceptées. Il s'est également appuyé sur le témoignage du conducteur du véhicule ayant servi à la fuite des accusés, Haddi Binahmad, qui s'était vu accorder l'immunité en échange de son témoignage.

3 Au procès, Chow a demandé un procès distinct afin de contraindre Shoemaker à témoigner. Il a aussi demandé, invoquant les art. 8 et 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'exclusion de la preuve obtenue par écoute électronique. Les deux demandes ont été rejetées.

4 Chow a été déclaré coupable et sa condamnation a été confirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((2003), 179 B.C.A.C. 92, 2003 BCCA 131).

5 Devant la Cour, Chow invoque deux moyens pour contester sa déclaration de culpabilité : premièrement, les communications interceptées auraient dû être déclarées irrecevables contre lui; deuxièmement, le refus d'un procès distinct l'a privé de son droit à une défense pleine et entière.

6 Aucun de ces moyens ne peut être retenu.

7 En ce qui concerne le premier moyen, Chow fait valoir qu'il était connu de la police, mais qu'il n'était pas nommé, comme l'exige la loi, lorsque la première autorisation d'écoute électronique a été demandée et obtenue. Ses communications privées qui ont été interceptées en vertu de cette autorisation

Charter, "to be secure against unreasonable search or seizure". Chow submits that the subsequent authorizations rested on the foundation of those intercepted communications. The wiretap evidence relevant to the murder of Chand was obtained pursuant to these subsequent authorizations and should therefore have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

ont donc été obtenues, dit-il, en violation du « droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives » qui lui est garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Il plaide que les autorisations subséquentes reposaient sur ces communications interceptées. La preuve recueillie par écoute électronique relativement au meurtre de Chand a été obtenue en vertu de ces autorisations subséquentes et aurait donc dû être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

8 This ground fails, for two reasons. First, because Chow was not a "known" person, in the relevant sense, when the first and second wiretap authorizations were sought and obtained. The officers concerned did not yet then have reasonable grounds to believe that Chow was connected to the offence they were investigating. Second, evidence unaffected by the alleged breach of Chow's *Charter* rights amply supported the subsequent authorizations, under which the communications relevant to the present matter were intercepted.

Ce moyen est rejeté pour deux motifs. Premièrement, Chow n'était pas une personne dont l'identité était connue (« personne connue »), à proprement parler, lorsque la première et la deuxième autorisations d'écoute électronique ont été demandées et obtenues. Les policiers concernés n'avaient pas encore de motifs raisonnables de croire qu'il existait un lien entre Chow et l'infraction sur laquelle ils enquêtaient. Deuxièmement, d'autres éléments de preuve sur lesquels la violation alléguée des droits garantis à Chow par la *Charte* n'avait aucune incidence étayaient amplement les autorisations subséquentes permettant d'intercepter les communications pertinentes en l'espèce.

9 On the second ground, Chow argues that the trial judge's denial of severance resulted in a miscarriage of justice because it prevented him from leading evidence that might have raised a reasonable doubt as to his guilt. More specifically, he contends that Shoemaker's testimony, partly unavailable to the trial judge when severance was denied, would have undermined the Crown's theory of the case and supported his own.

En ce qui concerne le second moyen, Chow soutient que le refus du juge du procès de lui accorder un procès distinct a entraîné une erreur judiciaire parce qu'il l'a empêché de produire des éléments de preuve qui auraient pu soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Il affirme plus précisément que le témoignage de Shoemaker, inaccessible en partie au juge du procès lorsqu'il a refusé la tenue de procès distincts, aurait ébranlé la thèse du ministère public et appuyé la sienne.

10 Shoemaker's proposed evidence was doubtless relevant and, without so deciding, I am prepared to assume — as did the Court of Appeal — that it was admissible. In the absence of severance, Chow was deprived of its benefit since Shoemaker, co-accused with Chow, was not a compellable witness. But the relevance and admissibility of a co-accused's evidence do not alone entitle a jointly charged accused to a separate trial. Separate trials for those who are alleged to have conspired or to have committed a crime in concert remain the

Le témoignage que Shoemaker aurait apporté était pertinent. Sans pour autant conclure en ce sens, je suis disposé à accepter — comme l'a fait la Cour d'appel — qu'il était recevable. En l'absence d'un procès distinct, Chow a été privé de cet élément de preuve puisque Shoemaker, le coaccusé de Chow, n'était pas un témoin contraignable. Toutefois, la pertinence et la recevabilité du témoignage d'un coaccusé ne donnent pas droit à elles seules à un procès distinct. En effet, la tenue de procès distincts pour les personnes accusées

exception and not the rule. In principle, severance will only be granted where a joint trial will work an injustice to the accused: *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858.

Here, Shoemaker's proposed evidence was found both by the trial judge and by the Court of Appeal to have "marginal" probative weight. Both courts concluded, after careful consideration, that it could hardly have changed the jury's verdict. They applied the governing principles judicially and, in concluding as they did, committed no error warranting the intervention of this Court.

Both grounds thus fail, and the appeal should be dismissed.

II

Facts and Proceedings

Chow, Mapara, Wasfi and Shoemaker were jointly charged with the first degree murder of Chand. Chand, while changing a licence plate on Chow's car in Mapara's car lot, was shot seven times by Shoemaker.

The Crown's theory of the case was that Chow was privy to Chand's murder and knowingly remitted to the getaway driver, Binahmad, payment for the contract killing.

Binahmad, a Crown witness who had been granted immunity from prosecution, testified that Mapara had hired Wasfi to murder Chand and that Wasfi, in turn, recruited Shoemaker to do the killing. He stated that Chow gave him $7,000 as a "down payment" on the contract, that he remitted the $7,000 to Shoemaker, and that Chow, at Wasfi's request, gave him an additional $2,000 after the killing to enable him to leave town.

Chow's defence was that his payment to Binahmad had nothing to do with the murder and

d'avoir comploté ou d'avoir commis ensemble un crime demeure l'exception et non la règle. En principe, elle ne sera ordonnée que s'il est établi qu'un procès conjoint causerait une injustice à l'accusé : *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858.

11 En l'espèce, le juge du procès et la Cour d'appel ont tous les deux estimé que le témoignage éventuel de Shoemaker avait une valeur probante « faible ». Après un examen attentif, les deux cours ont conclu que ce témoignage n'aurait guère changé le verdict du jury. Elles ont appliqué les principes pertinents de manière judiciaire et, dans leurs conclusions, elles n'ont pas commis d'erreur justifiant l'intervention de la Cour.

12 Les deux moyens invoqués ne sont donc pas retenus et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II

Les faits et les procédures

13 Chow, Mapara, Wasfi et Shoemaker ont été accusés conjointement du meurtre au premier degré de Chand. Pendant que celui-ci changeait la plaque d'immatriculation de la voiture de Chow sur le terrain de voitures de Mapara, Shoemaker a tiré sept fois sur lui.

14 Selon la thèse du ministère public, Chow était au courant du plan de meurtre de Chand et a, en toute connaissance de cause, remis à Binahmad, le conducteur du véhicule ayant servi à la fuite, l'argent du meurtre commandé.

15 Binahmad, le témoin à charge qui s'était vu accorder l'immunité contre les poursuites, a déclaré que Mapara avait engagé Wasfi pour qu'il tue Chand et que Wasfi, de son côté, avait recruté Shoemaker pour qu'il commette le meurtre. Il a dit que Chow lui avait donné 7 000 $ à titre d'« avance » sur le contrat, qu'il avait remis les 7 000 $ à Shoemaker et que Chow, à la demande de Wasfi, lui avait donné 2 000 $ de plus après le meurtre pour lui permettre de quitter la ville.

16 En défense, Chow a fait valoir que l'argent qu'il avait versé à Binahmad n'avait rien à voir avec

was not intended for Shoemaker. It related, he said, to a "marijuana project" that he had undertaken with Wasfi.

17 Shoemaker did not testify.

18 The Crown entered into evidence telephone conversations involving Chow, Wasfi and Mapara. The calls had been intercepted pursuant to eleven successive authorizations, of which the sixth and seventh yielded evidence crucial to the prosecution's case against Chow. Chow sought unsuccessfully to exclude this evidence under ss. 8 and 24(2) of the *Charter.*

19 Oppal J. rejected Chow's application. He noted that the use of electronic means to intercept private communications constitutes a search and seizure that will be deemed unreasonable under s. 8 of the *Charter* unless judicially authorized in accordance with the relevant statutory requirements. Section 185(1)(*e*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, stipulates that the affidavit accompanying an application must disclose the existence of known persons ("knowns") whose conversations are targeted. Failure to do so will render unlawful any ensuing interception of a "known's" communications.

20 Oppal J. thought there was "much evidence to indicate that [the police] ought to have known about the existence or identity of Chow" (Ruling on *voir dire*, [2001] B.C.J. No. 2959 (QL), 2001 BCSC 1815, at para. 32). He found it unnecessary, however, to determine whether Chow was a "known" when the first and second authorizations were sought and granted, since the Crown did not rely on any intercepts obtained as a result of any authorizations in which Chow was not named as a target. Moreover, Oppal J. concluded that the validity of the first and second authorizations had no inherent bearing on the admissibility of the subsequent intercepts: since each authorization represented a separate order, its legality was to be independently determined.

le meurtre et n'était pas destiné à Shoemaker. Il concernait, selon lui, une [TRADUCTION] « affaire de marijuana » dans laquelle il était impliqué avec Wasfi.

Shoemaker n'a pas témoigné.

Le ministère public a mis en preuve des conversations téléphoniques de Chow, Wasfi et Mapara. Ces appels avaient été interceptés en vertu de onze autorisations successives, dont la sixième et la septième avaient permis d'obtenir des éléments cruciaux pour la preuve du ministère public contre Chow. Ce dernier a tenté en vain de les faire écarter en invoquant l'art. 8 et le par. 24(2) de la *Charte.*

Le juge Oppal a rejeté la demande de Chow. Il a fait observer que le recours à des moyens électroniques pour intercepter des communications privées constitue une fouille, une saisie ou une perquisition qui sera jugée abusive selon l'art. 8 de la *Charte*, sauf si un tel recours est autorisé par un juge conformément aux dispositions législatives pertinentes. Selon l'alinéa 185(1)*e*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, l'affidavit qui accompagne la demande doit indiquer l'existence des personnes connues dont les conversations sont ciblées. Sinon, toute interception ultérieure de communications de personnes connues sera illégale.

Le juge Oppal a estimé qu'il y avait [TRADUCTION] « de nombreux éléments de preuve indiquant [que la police] aurait dû être au courant de l'existence ou de l'identité de Chow » (Décision sur un voir-dire, [2001] B.C.J. No. 2959 (QL), 2001 BCSC 1815, par. 32). Il a toutefois jugé inutile de déterminer si Chow était une personne connue lorsque la première et la deuxième autorisations ont été demandées et accordées, puisque le ministère public ne s'est appuyé sur aucune des interceptions faites en vertu d'autorisations dans lesquelles Chow n'était pas nommé comme cible. De plus, le juge Oppal a conclu que la validité de la première et de la deuxième autorisations n'avait aucune incidence particulière sur la recevabilité des interceptions ultérieures : chacune des autorisations constituant une ordonnance distincte, leur légalité devait être déterminée de façon indépendante.

At the conclusion of the Crown's case, Chow and Wasfi both applied for severance. Oppal J. allowed Wasfi's application, but not Chow's. Applying *R. v. Torbiak and Gillis* (1978), 40 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.), he held that the "issue to be ultimately determined by the court is whether the refusal to order a separate trial [would result] in a miscarriage of justice". Oppal J. found that Chow's application failed on that test since Shoemaker's anticipated testimony was of "marginal" import.

Chow and Mapara both testified. Shoemaker did not, but in a statement to the police admitted at the trial, he denied having received any payment at all for the killing. Chow testified that the intercepted telephone calls referred to a marijuana deal and that, in two calls, he realized that Wasfi was referring to a contract killing but said he was not interested. He said that he thought the money he paid to Binahmad was for the "marijuana project".

Chow, Shoemaker and Mapara were all convicted by the jury of first degree murder.

Chow and Mapara appealed. Chow's main grounds were that Oppal J. erred in refusing to grant him a separate trial and in admitting the wiretap evidence. He submitted as well that the verdict was unreasonable and sought to adduce "fresh evidence" in the form of an affidavit (a "will say" statement) by Shoemaker. The essence of the affidavit was that Shoemaker, if compelled to testify, would state that he had not received the $7,000 from Binahmad.

Shoemaker was cross-examined by the Crown on his affidavit. On re-examination by Chow's counsel, he stated that Binahmad had told him, on the day Binahmad received the $7,000 from Chow, that he (Binahmad) had to attend a meeting about "some old weed business".

21 À la conclusion de la preuve du ministère public, Chow et Wasfi ont tous les deux demandé des procès distincts. Le juge Oppal a fait droit à la demande de Wasfi mais non à celle de Chow. Appliquant l'arrêt *R. c. Torbiak and Gillis* (1978), 40 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.), il a statué que [TRADUCTION] « la question que le tribunal doit ultimement trancher est celle de savoir si le refus d'ordonner un procès séparé entraînerait une erreur judiciaire ». Le juge Oppal a conclu que la demande de Chow ne satisfaisait pas à ce critère puisque le témoignage prévu de Shoemaker avait une importance [TRADUCTION] « faible ».

22 Chow et Mapara ont tous les deux témoigné. Shoemaker ne l'a pas fait, mais dans une déclaration à la police qui a été admise en preuve au procès, il a catégoriquement nié avoir reçu de l'argent pour commettre le meurtre. Chow a affirmé que les appels téléphoniques interceptés se rapportaient à une transaction de marijuana et que, lors de deux des appels, il s'était rendu compte que Wasfi parlait d'un meurtre commandé, mais qu'il lui avait répondu que cela ne l'intéressait pas. Il pensait, a-t-il dit, que l'argent versé à Binahmad était destiné à une « affaire de marijuana ».

23 Le jury a déclaré Chow, Shoemaker et Mapara coupables de meurtre au premier degré.

24 Chow et Mapara ont interjeté appel. Les principaux moyens invoqués par Chow étaient que le juge Oppal avait fait erreur en lui refusant un procès distinct et en admettant la preuve obtenue par écoute électronique. Il a en outre soutenu que le verdict était déraisonnable et a tenté de faire admettre un [TRADUCTION] « nouvel élément de preuve », soit un affidavit (une déclaration anticipée) de Shoemaker. Dans son affidavit, Shoemaker affirmait pour l'essentiel que, s'il était contraint à témoigner, il déclarerait ne pas avoir reçu les 7 000 $ de Binahmad.

25 Shoemaker a été contre-interrogé au sujet de son affidavit par le ministère public. Réinterrogé par l'avocat de Chow, il a affirmé que Binahmad lui avait dit, le jour où Chow lui avait remis les 7 000 $, qu'il (Binahmad) devait se rendre à une rencontre au sujet d'[TRADUCTION] « une vieille affaire d'herbe ».

26 Speaking for the Court of Appeal, Donald J.A. agreed with the trial judge that « Shoemaker's evidence was too marginal to justify a severance » (para. 22). He found that the wiretaps had been properly admitted and that the verdict was reasonable and supported by the evidence.

27 After the appeal was heard, but before judgment was entered, Chow sought to re-open the hearing so as to take into account, on the issue of severance, Shoemaker's reference to the "old weed business". Chow's counsel stated that this aspect of Shoemaker's examination was not raised at the hearing of the appeal because of his instructions and because of the pressures of time. Neither explanation is compelling.

28 Chow's application for a re-opening of the appeal was dismissed ((2003), 182 B.C.A.C. 88, 2003 BCCA 248).

III

Discussion

29 The appellant advanced four arguments in his factum: (1) that the Court of Appeal erred in holding that he was not entitled to severance; (2) that the trial judge erred in admitting the intercepted communications; (3) that the Court of Appeal erred in attaching no significance to the trial judge's issuance of a certificate pursuant to s. 675(1)(*a*)(ii) of the *Criminal Code*; and (4) that the jury's verdict was unreasonable. Counsel chose, wisely, not to press grounds (3) and (4) in oral argument: the first is devoid of any basis in law; the second was thoroughly examined and properly disposed of by the Court of Appeal.

30 I turn, then, to the two remaining issues: the admissibility of the wiretaps and the denial of severance.

Au nom de la Cour d'appel, le juge Donald a convenu avec le juge du procès que [TRADUCTION] « le témoignage de Shoemaker était trop peu important pour justifier la tenue de procès distincts » (par. 22). Il a conclu que les bandes d'écoute électronique avaient été admises à bon droit et que le verdict était raisonnable et étayé par la preuve.

Après l'audition de l'appel mais avant le prononcé du jugement, Chow a tenté de faire rouvrir l'audience pour qu'il soit tenu compte, au sujet de la question de la tenue de procès distincts, de l'allusion de Shoemaker à une « vieille affaire d'herbe ». L'avocat de Chow a affirmé que cet aspect de l'interrogatoire de Shoemaker n'avait pas été soulevé à l'audition de l'appel à cause des instructions qu'il avait reçues et des contraintes de temps. Aucune de ces explications n'est convaincante.

La demande de réouverture de l'appel présentée par Chow a été rejetée ((2003), 182 B.C.A.C. 88, 2003 BCCA 248).

III

Analyse

L'appelant a invoqué quatre arguments dans son mémoire : (1) la Cour d'appel a fait erreur en statuant qu'il n'avait pas droit à un procès distinct; (2) le juge du procès a fait erreur en admettant en preuve les communications interceptées; (3) la Cour d'appel a fait erreur en n'attachant aucune importance au fait que le juge du procès avait délivré le certificat prévu au sous-al. 675(1)*a*)(ii) du *Code criminel*; (4) le verdict du jury était déraisonnable. L'avocat a sagement choisi de ne pas insister sur les arguments (3) et (4) dans les plaidoiries. En effet, le premier de ces arguments ne repose sur aucun fondement juridique et le second a été examiné à fond et dûment tranché par la Cour d'appel.

Je vais donc examiner les deux questions qui restent : l'admissibilité des éléments de preuve obtenus par écoute électronique et le refus de la tenue de procès distincts.

IV

The Wiretap Issue

The prosecution of Chow, Mapara, Wasfi and Shoemaker was based in large part on private communications intercepted pursuant to eleven consecutive authorizations obtained by the Vancouver Island District Drug Section, a unit of the RCMP, between October 1997 and May 1999. The targets of the authorizations changed over time, and Chow was first named in the application for the third authorization. The calls relating to Chand's murder were intercepted pursuant to the sixth and seventh authorizations.

Chow submits that his existence and relevance to the investigation were known to the RCMP at the outset of Project E-Page. He should therefore have been named in the affidavits supporting the first and second applications. Since he was not, his communications were intercepted unlawfully during the life of the second authorization: *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148. Finally, according to Chow, the third and subsequent authorizations rested on the foundation of information obtained from the second, and they, too, must for that reason be set aside.

Section 185(1)(*e*) of the *Criminal Code* states, in part:

185. (1) An application for an authorization to be given under section 186 [that is, a wiretap authorization] shall be made *ex parte* and in writing to a judge . . . .

. . .

and shall be accompanied by an affidavit, which may be sworn on the information and belief of a peace officer or public officer deposing to the following matters:

. . .

(*e*) the names, addresses and occupations, if known, of all persons, the interception of whose private

IV

L'écoute électronique

31 L'action intentée contre Chow, Mapara, Wasfi et Shoemaker reposait en grande partie sur des communications privées interceptées en vertu de onze autorisations consécutives obtenues par la Section antidrogue du district de l'île de Vancouver de la GRC, entre octobre 1997 et mai 1999. Les personnes visées par les autorisations ont changé avec le temps et Chow a été nommé pour la première fois dans la demande concernant la troisième autorisation. Les appels relatifs au meurtre de Chand ont été interceptés en vertu des sixième et septième autorisations.

32 Chow prétend que la GRC connaissait son existence et son importance pour l'enquête dès le début du projet E-Page. Il aurait donc dû être nommé dans les affidavits qui accompagnaient les première et deuxième demandes. Selon lui, comme son nom n'y figurait pas, ses communications ont été interceptées illégalement pendant la période de validité de la deuxième autorisation : *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148. Enfin, selon Chow, la troisième autorisation et les autres qui ont suivi reposaient sur des renseignements obtenus en vertu de la deuxième autorisation et, de ce fait, elles doivent également être écartées.

33 L'alinéa 185(1)*e*) du *Code criminel* prévoit notamment ce qui suit :

185. (1) Pour l'obtention d'une autorisation visée à l'article 186 [c'est-à-dire une demande d'écoute électronique], une demande est présentée *ex parte* et par écrit à un juge . . .

. . .

il doit y être joint un affidavit d'un agent de la paix ou d'un fonctionnaire public pouvant être fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques et indiquant ce qui suit :

. . .

e) les noms, adresses et professions, s'ils sont connus, de toutes les personnes dont les communications

communications there are reasonable grounds to believe may assist the investigation of the offence . . . .

34 Some police officers knew of Chow's existence and suspected his involvement in criminal activity when the applications for the first and second authorizations were made. The RCMP unit conducting Project E-Page, however, was unaware of his connection to the specific investigation for which those authorizations were sought. It was not known, nor were there reasonable grounds to believe, that Chow was a person whose private communications would, if intercepted, assist in that investigation.

35 The RCMP unit had earlier obtained the name "Simon Chow" from the "Coordinated Law Enforcement Unit". Chow was said to be involved with "David Jai" in the trafficking of marijuana. Project E-Page related, initially, to illegal trafficking in cocaine and heroin, and later focussed exclusively on heroin. "David Jai" was then suspected to be (and later determined to be) David Au, who was a "known" in the first E-Page authorization and a target in the second.

36 It appears from the record, however, that Jai and Au were not then known to be one and the same. Nor was it known that Chow was involved in heroin trafficking. The RCMP had also learned from an informant that a certain "Simon LNU (last name unknown)" was associated with Au, but did not have reasonable grounds to believe that he was the appellant, Simon Chow. It only had what has been described in the Crown's factum as an "unconfirmed suspicion" that this was the case.

37 It was only during the period covered by the second authorization, when David Au became a target of Project E-Page, that investigators intercepted calls between Au and a person called "Ah-Sei", who was later determined to be Chow. They also intercepted conversations between Au and

privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction . . .

Lorsque les première et deuxième demandes d'autorisation ont été présentées, certains policiers connaissaient l'existence de Chow et le soupçonnaient d'être impliqué dans des activités criminelles. La section de la GRC chargée du projet E-Page ignorait toutefois qu'il existait un lien entre lui et l'enquête pour laquelle ces autorisations avaient été demandées. On ne savait pas et on n'avait pas de motifs raisonnables de croire que Chow était une personne dont les communications privées, si elles étaient interceptées, pourraient être utiles à cette enquête.

La section de la GRC avait obtenu auparavant le nom « Simon Chow » de la « Coordinated Law Enforcement Unit ». Chow aurait été impliqué avec « David Jai » dans le trafic de marijuana. À l'origine, le projet E-Page concernait le trafic illégal de cocaïne et d'héroïne, mais plus tard, il a porté exclusivement sur l'héroïne. On soupçonnait alors « David Jai » d'être en réalité David Au (ce qui a plus tard été confirmé), personne connue dans la première autorisation du projet E-Page et cible dans la deuxième.

Il ressort toutefois du dossier qu'on ne savait alors pas avec certitude que Jai et Au étaient une seule et même personne. On ne savait pas non plus que Chow était impliqué dans le trafic d'héroïne. La GRC avait également appris d'un indicateur qu'un certain « Simon LNU (nom de famille inconnu) » entretenait des liens avec Au, mais elle n'avait aucun motif raisonnable de croire qu'il s'agissait de l'appelant, Simon Chow. Elle n'avait à ce sujet que ce qui était décrit comme [TRADUCTION] « des soupçons non confirmés » dans le mémoire du ministère public.

Ce n'est que pendant la période visée par la deuxième autorisation, lorsque David Au a été pris pour cible par le projet E-Page, que les enquêteurs ont intercepté des appels entre Au et une personne nommée « Ah-Sei », qui a plus tard été identifiée comme étant Chow. Ils ont aussi intercepté des

others referring to "Simon" and "Ah-Sei" in connection with heroin trafficking.

It was in this context that the RCMP unit became aware that "Simon LNU" and "Ah-Sei" were both references to Chow. In the view of the Court of Appeal, the "critical link" in this determination was the unit's observation of Au meeting Chow at the airport while Au was under physical surveillance. Simon Chow was then, appropriately enough, named as a target in the materials supporting the third authorization.

The evidence thus supports the Crown's contention that Chow was not a "known" within the meaning of the *Criminal Code*, and *Chesson*, when the first and second authorizations were sought and obtained. In any event, I agree with the Court of Appeal that, even if it were assumed that Chow was then a "known", there was enough evidence independent of any prior *Charter* breach to justify the third and subsequent authorizations.

The Court of Appeal reviewed that evidence thoroughly. Essentially, Au's phone conversations to which Chow was not a party were also intercepted pursuant to the second authorization. In two of those phone calls, "Simon" and "Ah-Sei" were said, respectively, to be travelling to Hong Kong, and dealing internationally in heroin. These phone calls alone would have aroused the RCMP's interest in discovering who "Simon" and "Ah-Sei" were, and resulted inevitably in the physical surveillance of Au. As mentioned earlier, it was this surveillance that led to the inclusion of Chow as a target in the investigation and the interception of his calls pursuant to the sixth and seventh authorizations.

In these circumstances, Chow's constitutionally protected right to privacy was not violated by the interception of his private communications pursuant to the sixth and seventh authorizations.

Finally on this branch of the matter, Chow urged us in his factum to reconsider *R. v. Commisso*,

conversations entre Au et d'autres personnes qui ont mentionné « Simon » et « Ah-Sei » relativement au trafic d'héroïne.

38 C'est dans ce contexte que la section de la GRC a appris que les noms « Simon LNU » et « Ah-Sei » désignaient tous les deux Chow. Selon la Cour d'appel, le [TRADUCTION] « lien crucial » qui a permis d'établir ce fait est l'observation, par la section, de Au, qui rencontrait Chow à l'aéroport pendant qu'il faisait l'objet d'une surveillance visuelle. Simon Chow a ensuite été désigné, comme il se doit, comme cible dans les documents à l'appui de la troisième autorisation.

39 La preuve appuie donc la prétention du ministère public que Chow n'était pas une personne connue selon le *Code criminel* et l'arrêt *Chesson* lorsque la première et la deuxième autorisations ont été demandées et obtenues. Quoi qu'il en soit, je conviens avec la Cour d'appel que, même si on présumait que Chow était alors une personne connue, il y avait assez d'éléments de preuve indépendants de toute violation antérieure de la *Charte* pour justifier la troisième autorisation et celles qui ont suivi.

40 La Cour d'appel a examiné la preuve à fond. Pour l'essentiel, des conversations téléphoniques de Au auxquelles Chow n'a pas participé ont également été interceptées en vertu de la deuxième autorisation. Lors de deux de ces appels, il aurait été mentionné que « Simon » se rendait à Hong Kong et que « Ah-Sei » faisait le trafic d'héroïne à l'échelle internationale. Ces appels auraient à eux seuls incité la GRC à découvrir qui étaient « Simon » et « Ah-Sei » et ils ont automatiquement entraîné la surveillance visuelle de Au. Comme je l'ai déjà dit, c'est par suite de cette surveillance que Chow est devenu une cible visée par l'enquête et que ses appels ont été interceptés en vertu des sixième et septième autorisations.

41 Dans les circonstances, l'interception des communications privées de Chow en vertu des sixième et septième autorisations n'a pas porté atteinte au droit à la vie privée qui lui est garanti par la Constitution.

42 Une dernière remarque sur cet aspect de l'affaire; dans son mémoire, Chow nous a demandé

[1983] 2 S.C.R. 121, where it was held that intercepted communications are admissible to prove an offence that is unrelated to the purpose for which a wiretap authorization was sought and obtained. Counsel did not press this point in oral argument: no reason has been advanced for revisiting *Commisso* at this time.

de revoir l'arrêt *R. c. Commisso*, [1983] 2 R.C.S. 121, dans lequel la Cour a conclu que les communications interceptées sont recevables pour prouver une infraction sans lien avec l'objet pour lequel une autorisation d'écoute électronique a été demandée et obtenue. L'avocat n'a pas fait valoir ce point dans les plaidoiries : aucun motif n'a été avancé pour le réexamen de *Commisso*.

V

V

The Severance Issue

La tenue de procès distincts

43 Oppal J. rejected Chow's application for a severance and the Court of Appeal, after considering Shoemaker's affidavit and examination, found that Oppal J. had exercised his discretion judicially.

Le juge Oppal a rejeté la demande de procès distincts de Chow; après avoir examiné l'affidavit et l'interrogatoire de Shoemaker, la Cour d'appel a estimé que le juge Oppal avait exercé son pouvoir discrétionnaire de manière judiciaire.

44 The appellant now argues that "a miscarriage of justice has come to pass, in that the [a]ppellant has been denied the right to call evidence that might reasonably have had an effect on the jury's verdict" (appellant's factum, at para. 42). He does not take issue with Oppal J.'s denial of severance; rather, he stakes his claim to a new and separate trial on Shoemaker's examination in the Court of Appeal. Since this evidence was not available to the trial judge, it is argued, no deference is owed to Oppal J.: this Court must consider the issue of severance afresh.

L'appelant soutient maintenant qu'une [TRADUCTION] « erreur judiciaire s'est produite puisqu['il] a été privé du droit de produire des éléments de preuve qui auraient pu, selon toute prévision raisonnable, influer sur le verdict du jury » (mémoire de l'appelant, par. 42). Il ne conteste pas la décision du juge Oppal de lui refuser un procès distinct; il revendique plutôt son droit à un procès nouveau et séparé en s'appuyant sur l'interrogatoire de Shoemaker en Cour d'appel. Comme le juge du procès ne disposait pas de cet élément de preuve, il est allégué qu'il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la décision du juge Oppal : la Cour doit reprendre l'examen de la question de la tenue de procès distincts.

45 The only evidence that was not before Oppal J. when he denied Chow's application was Shoemaker's reference to Binahmad's statement that he was to attend a meeting about "some old weed business" on the day of the payment. Shoemaker's proposed testimony that he had not received any payment for the shooting of Chand was considered by Oppal J. when he declined to grant severance. And this evidence, albeit in another form, was in fact put to the jury: Shoemaker's statement to the police included his allegation that he had never "collected" on the contract killing.

Le seul élément de preuve dont ne disposait pas le juge Oppal lorsqu'il a rejeté la demande de Chow était la mention par Shoemaker de la déclaration de Binahmad qu'il devait aller, le jour du paiement, à une rencontre concernant « une vieille affaire d'herbe ». Lorsqu'il a refusé la tenue de procès distincts, le juge Oppal a tenu compte du témoignage que Shoemaker aurait apporté et selon lequel il n'avait pas reçu d'argent pour abattre Chand. Et cet élément de preuve a effectivement été soumis à l'appréciation du jury, quoique sous une autre forme : dans sa déclaration à la police, Shoemaker a dit n'avoir jamais encaissé d'argent pour le meurtre commandé.

The question, then, is whether Chow's inability to compel Shoemaker to testify resulted in a miscarriage of justice, in the sense that the accused was denied his right to make full answer and defence.

It is well established that separate trials for alleged co-conspirators are the exception, not the rule. In *Crawford*, which I mentioned earlier, Sopinka J. referred to the "uniform stream of authority in this country in favour of joint trials" (para. 19). Speaking for eight members of the Court, he set out compelling policy reasons for joint trials for co-conspirators despite the inevitable "double bind" that results:

> There exist . . . strong policy reasons for accused persons charged with offences arising out of the same event or series of events to be tried jointly. The policy reasons apply with equal or greater force when each accused blames the other or others, a situation which is graphically labelled a "cut-throat defence". Separate trials in these situations create a risk of inconsistent verdicts. The policy against separate trials is summarized by Elliott, *supra*, at p. 17, as follows:
>
> > There is a dilemma here which could only be avoided by separate trials. But separate trials will not be countenanced because, quite apart from the extra cost and delay involved, it is undeniable that the full truth about an incident is much more likely to emerge if every alleged participant gives his account on one occasion. If each alleged participant is tried separately, there are obvious and severe difficulties in arranging for this to happen without granting one of them immunity. In view of this, in all but exceptional cases, joint trials will be resorted to, despite the double bind inevitably involved.
>
> Although the trial judge has a discretion to order separate trials, that discretion must be exercised on the basis of principles of law which include the instruction that severance is not to be ordered unless it is established that a joint trial will work an injustice to the accused. [Emphasis added; paras. 30-31.]

In *Torbiak and Gillis*, the Ontario Court of Appeal likewise noted, at p. 199, the "well established [rule] that . . . where the essence of the case is that the accused were acting in concert, they should

Il s'agit donc de déterminer si l'impossibilité pour Chow de contraindre Shoemaker à témoigner a entraîné une erreur judiciaire, en ce sens que l'accusé a été privé de son droit à une défense pleine et entière. 46

Il est bien établi que la tenue de procès distincts pour de présumés comploteurs est l'exception et non la règle. Dans *Crawford*, que j'ai mentionné précédemment, le juge Sopinka a parlé du « fort courant jurisprudentiel au pays, qui favorise la tenue de procès conjoints » (par. 19). En son nom et au nom de sept autres juges de la Cour, il a énoncé les raisons de principe impérieuses qui justifient la tenue de procès conjoints malgré l'« impasse » qui en découle : 47

> Il existe [. . .] de solides raisons de principe pour que les personnes accusées d'infractions qui découlent d'un même événement ou d'une même suite d'événements subissent leur procès conjointement. Ces raisons valent autant sinon plus lorsque chacun des coaccusés rejette le blâme sur l'autre, situation qualifiée de « défense traîtresse ». La tenue de procès distincts en pareil cas fait courir le risque de verdicts contradictoires. Elliott, *loc. cit.*, résume, à la p. 17, les principes qui militent contre la tenue de procès distincts :
>
> > [TRADUCTION] La situation pose un dilemme qui ne pourrait être évité que par la tenue de procès distincts. Or, des procès distincts ne seront pas préconisés, car outre les frais supplémentaires et les délais qu'ils supposent, il est indéniable que toute la vérité sur un événement est beaucoup plus susceptible d'être dévoilée si chacun des prétendus participants donne sa version des faits à une même occasion. Si ces derniers étaient poursuivis séparément, il serait manifestement très difficile d'obtenir le même résultat sans accorder l'immunité à l'un d'eux. Partant, sauf dans les cas exceptionnels, un procès conjoint aura lieu malgré l'impasse qui en découle nécessairement.
>
> Même si le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la tenue de procès distincts, il doit exercer ce pouvoir en tenant compte de principes juridiques, y compris celui voulant que la tenue de procès distincts ne soit ordonnée que s'il est établi qu'un procès conjoint causerait une injustice à l'accusé. [Je souligne; par. 30-31.]

De même, dans *Torbiak and Gillis*, p. 199, la Cour d'appel de l'Ontario a souligné la [TRADUCTION] « [règle] bien établie selon laquelle [. . .] lorsque l'essentiel de la preuve porte que les accusés ont agi 48

be jointly indicted and tried, and an appellate Court will not interfere with the discretion of the trial Judge unless he has failed to exercise it judicially or his decision has caused a miscarriage of justice".

49 Chow argues that a "miscarriage of justice" has occurred in this case not because the trial judge erred in denying severance, but because evidence unavailable at trial now establishes that severance ought to have been granted. *Torbiak and Gillis* is helpful in this regard as well. The Court of Appeal in that case aptly set out the circumstances in which, exceptionally, severance may be granted in order to allow the applicant to compel a co-accused to testify:

> If the evidence of a co-accused sought to be elicited on behalf of another co-accused is such that, when considered in the light of the other evidence, it might reasonably affect the verdict of the jury by creating a reasonable doubt as to the guilt of the latter, then precluding him from having the benefit of that evidence may require a separate trial, notwithstanding the evidence sought to be adduced from the co-accused is merely corroborative of the evidence of the accused who wishes to elicit it.... [p. 199]

50 The Crown's case against Chow, it will be remembered, was that he had knowingly remitted $7,000 to Binahmad as payment for the killing of Chand by Shoemaker. In this regard, the Crown relied on Binahmad's evidence and on a body of intercepted conversations in which the participants spoke of their admittedly criminal activities in "code". Chow testified that critical conversations concerned a "marijuana project", and not the murder of Chand.

51 The Court of Appeal was not persuaded that Shoemaker's evidence might reasonably have affected the jury's verdict. Nor am I. Shoemaker's proposed evidence, though relevant, is of slight probative value in the context of the case as a whole. The trial judge instructed the jury impeccably on the

de concert, ils devraient être inculpés et jugés conjointement, et une cour d'appel ne saurait intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, sauf si celui-ci n'a pas exercé son pouvoir de manière judiciaire ou si sa décision a entraîné une erreur judiciaire ».

Chow soutient qu'il y a eu « erreur judiciaire » en l'espèce, non pas du fait que le juge du procès a fait erreur en refusant la tenue de procès distincts, mais plutôt parce que des éléments de preuve qui n'étaient pas disponibles au procès établissent maintenant que des procès distincts auraient dû être accordés. L'arrêt *Torbiak and Gillis* est également utile à cet égard. La Cour d'appel y a habilement exposé les circonstances où, exceptionnellement, la tenue de procès distincts peut être accordée afin de permettre au demandeur de contraindre un coaccusé à témoigner :

> [TRADUCTION] Si le témoignage d'un coaccusé que l'on cherche à produire pour un autre coaccusé est tel que, compte tenu des autres éléments de preuve, il est raisonnable de présumer qu'il influera sur le verdict du jury en soulevant un doute raisonnable quant à la culpabilité de ce coaccusé, la tenue d'un procès séparé pourrait s'avérer nécessaire pour que celui-ci puisse bénéficier de cet élément de preuve, même si le témoignage que l'on cherche à obtenir du coaccusé ne sert qu'à corroborer celui de l'accusé qui souhaite le produire... [p. 199]

Rappelons que, selon la preuve du ministère public, Chow avait, en toute connaissance de cause, remis 7 000 $ à Binahmad à titre de paiement pour l'exécution du meurtre de Chand par Shoemaker. Le ministère public s'est appuyé à cet égard sur le témoignage de Binahmad ainsi que sur un ensemble de conversations interceptées au cours desquelles les interlocuteurs parlaient « en code » de leurs activités dont ils reconnaissaient le caractère criminel. Chow a déclaré que les conversations cruciales concernaient une « affaire de marijuana » et non le meurtre de Chand.

La Cour d'appel n'était pas convaincue que le témoignage qu'aurait apporté Shoemaker aurait pu, selon toute prévision raisonnable, influer sur le verdict du jury. Je n'en suis pas non plus convaincu. Bien que pertinent, il a une faible valeur probante eu égard à l'ensemble de la preuve. Le juge du procès

respective positions of the Crown and the defence, and carefully drew to the jury's attention the evidence relevant to both. Shoemaker's hearsay statement about "some old weed business" would merely have added a small drop in the bucket of the defence without piercing a hole in that of the Crown.

I note in this context that Chow's able and experienced counsel, though this assertion attributed by Shoemaker to Binahmad was then fresh in the mind, did not see fit to even mention it when he argued the case on its merits in the Court of Appeal. I would attribute no more importance to Shoemaker's proffered evidence now than counsel himself did then.

VI

Conclusion

For the reasons given, the appeal should be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Leask Bahen, Vancouver.

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

a donné des directives impeccables au jury quant aux positions respectives du ministère public et de la défense, et il a pris soin d'attirer l'attention du jury sur les éléments de preuve pertinents de chacune de celles-ci. La déclaration relatée de Shoemaker au sujet d'« une vieille affaire d'herbe » n'aurait pas ajouté grand-chose à la preuve de la défense et n'aurait pas permis d'ébranler celle du ministère public.

Je souligne à cet égard que l'avocat compétent et expérimenté de Chow n'a même pas jugé bon de mentionner cette affirmation attribuée par Shoemaker à Binahmad, alors qu'elle était alors fraîche dans sa mémoire, lorsqu'il a défendu le bien-fondé de l'affaire devant la Cour d'appel. Je n'accorderais pas plus d'importance que l'avocat lui-même au témoignage offert par Shoemaker. 52

VI

Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. 53

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Leask Bahen, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
http://publication.gc.ca

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
http://publication.gc.ca

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 2005 Vol. 1

3e cahier, 2005 Vol. 1

Cited as [2005] 1 S.C.R. 401-625

Renvoi [2005] 1 R.C.S. 401-625

LIBRARY - SUPREME COURT OF CANADA
BIBLIOTHÈQUE - COUR SUPRÊME DU CANADA

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	JACQUELINE STENCEL
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
CHANTAL DEMERS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	LOUISE SAVARD	WITOLD TYMOWSKI
LEE ANN GORMAN	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON
KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH	

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH	JACQUES GAGNÉ	CLAIRE VALLÉE
RICHARD BERBERI	ROSALIE TO-THANH-HIEN	

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY
PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL	

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2005.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2005.

CONTENTS

Bristol-Myers Squibb Co. *v.* Canada (Attorney General) **533**

Patents — Patented medicines — Notice of compliance — Whether new drug submission falls within scope of s. 5(1.1) of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

H.L. *v.* Canada (Attorney General) **401**

Appeals — Saskatchewan Court of Appeal — Questions of fact — Applicable standard of appellate review on questions of fact in Saskatchewan — Whether Court of Appeal correct in setting aside trial judge's pecuniary damages award for loss of past and future earnings — Whether Court of Appeal applied proper standard — The Court of Appeal Act, 2000, S.S. 2000, c. C-42.1, s. 14.

SOMMAIRE

Bristol-Myers Squibb Co. *c.* Canada (Procureur général) **533**

Brevets — Médicaments brevetés — Avis de conformité — La présentation de drogue nouvelle est-elle visée par l'art. 5(1.1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133?

H.L. *c.* Canada (Procureur général) **401**

Appels — Cour d'appel de la Saskatchewan — Questions de fait — Norme de révision en appel applicable à une question de fait en Saskatchewan — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'annuler les dommages-intérêts pécuniaires accordés par le juge de première instance pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure? — A-t-elle appliqué la norme appropriée? — Loi de 2000 sur la Cour d'appel, L.S. 2000, ch. C-42,1, art. 14.

H.L. *Appellant*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

and

Attorney General for Saskatchewan *Intervener*

INDEXED AS: H.L. *v.* CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2005 SCC 25.

File No.: 29949.

Hearing: May 13, 2004.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

Rehearing: December 13, 2004.

Judgment: April 29, 2005.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Appeals — Saskatchewan Court of Appeal — Questions of fact — Applicable standard of appellate review on questions of fact in Saskatchewan — Whether Court of Appeal correct in setting aside trial judge's pecuniary damages award for loss of past and future earnings — Whether Court of Appeal applied proper standard — The Court of Appeal Act, 2000, S.S. 2000, c. C-42.1, s. 14.

L brought an action for sexual battery against S and the federal government for acts that had occurred 20 years earlier when L was about 14 years old. S, who worked on a reserve for the federal government, sexually abused L on two occasions. L left school when he was about 17 years old, without completing the eighth grade. He was unable to retain meaningful employment between 1978-1987. During that time, he drank heavily, was incarcerated frequently and relied on social assistance to meet his needs. Between 1988-2000, he worked sporadically. The evidence given by L and two expert witnesses satisfied the trial judge that L's poor

H.L. *Appelant*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

et

Procureur général de la Saskatchewan *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : H.L. *c.* CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2005 CSC 25.

N° du greffe : 29949.

Audition : 13 mai 2004.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

Nouvelle audition : 13 décembre 2004.

Jugement : 29 avril 2005.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Appels — Cour d'appel de la Saskatchewan — Questions de fait — Norme de révision en appel applicable à une question de fait en Saskatchewan — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'annuler les dommages-intérêts pécuniaires accordés par le juge de première instance pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure? — A-t-elle appliqué la norme appropriée? — Loi de 2000 sur la Cour d'appel, L.S. 2000, ch. C-42,1, art. 14.

L a intenté une action contre S et le gouvernement du Canada relativement à des voies de fait de nature sexuelle dont il avait été victime 20 ans plus tôt vers l'âge de 14 ans. S, qui travaillait alors pour le gouvernement fédéral dans une réserve, l'a agressé sexuellement deux fois. L a quitté l'école à l'âge de 17 ans environ sans avoir terminé sa huitième année. Entre 1978 et 1987, il n'a pu conserver un emploi convenable. Il buvait beaucoup, se retrouvait souvent derrière les barreaux et avait recours à l'aide sociale pour subvenir à ses besoins. De 1988 à 2000, il a travaillé sporadiquement. Les témoignages de L et des deux experts ont convaincu le juge

employment record between 1978-1987 was attributable to his alcoholism, emotional difficulties, and criminality, which were in turn attributable to the sexual abuse perpetrated by S. He found as well that L's sporadic work record between 1988-2000 was consistent with the emotional difficulties described by the experts in their assessments of the psychological effects of sexual abuse. The trial judge maintained L's action against S and the federal government, since he found that the criteria for the imposition of vicarious liability on the government had been met. He awarded L non-pecuniary damages, pecuniary damages for loss of past and future earnings and pre-judgment interest. With respect to L's claim for loss of future earnings, in the absence of specific evidence in this regard, the trial judge relied inferentially on the evidence relating to L's past earning capacity. The Court of Appeal dismissed the federal government's appeal as it related to vicarious liability and to the award for non-pecuniary damages, but allowed the appeal in relation to pecuniary damages and pre-judgment interest. The Court of Appeal set aside the award for pecuniary damages for loss of past and future earnings on the ground that, on its assessment of the evidence, the evidence fell short of proving the loss. Leave to this Court was granted by the Court of Appeal, pursuant to s. 37 of the *Supreme Court Act*, to clarify the correct standard of review applicable to the Saskatchewan Court of Appeal.

Held (Bastarache, LeBel, Deschamps and Charron JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The trial judge's award of pecuniary damages for loss of past earnings is restored, but the award must be reduced to reflect the time L spent in prison and the social assistance he received during the period covered by the award.

Per McLachlin C.J. and Major, Binnie, Fish and Abella JJ.: In Saskatchewan, as elsewhere in Canada, a trial judge's primary findings of fact and inferences of fact are only reviewable on appeal on a standard of palpable and overriding error. *The Court of Appeal Act, 2000*, in particular s. 14, did not create for Saskatchewan an appellate court radically different, in powers and purpose, from its counterparts in the other provinces. To the contrary, an examination of both the 2000 Act and its predecessors, their legislative history, and their judicial interpretation in this Court and by the Saskatchewan Court of Appeal itself all lead to the conclusion that the 2000 Act did not change the standard of review applicable in Saskatchewan to appellate review on questions of fact: the appeal is a review for error, and not a review by rehearing. Courts of appeal in Canada, absent an express

de première instance que L avait peu travaillé de 1978 à 1987 à cause de son alcoolisme, de ses difficultés émotionnelles et de sa criminalité, qui eux étaient attribuables aux abus sexuels commis par S. Le juge a également conclu que les emplois occupés sporadiquement de 1988 à 2000 s'inscrivaient dans la suite logique des difficultés émotionnelles décrites par les experts dans leur évaluation des effets psychologiques de l'abus sexuel. Il a accueilli l'action de L contre S et le gouvernement du Canada, estimant réunies les conditions auxquelles l'État pouvait être tenu responsable du fait d'autrui. Il a accordé à L des dommages-intérêts non pécuniaires, des dommages-intérêts pécuniaires pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure et de l'intérêt avant jugement. En ce qui concerne la perte de revenus ultérieure alléguée, faute d'éléments de preuve précis à l'appui, le juge de première instance s'est fondé, par inférence, sur la preuve relative à la capacité de gain antérieure de L. La Cour d'appel a rejeté l'appel du gouvernement du Canada quant à la responsabilité du fait d'autrui et aux dommages-intérêts non pécuniaires, mais elle l'a accueilli relativement aux dommages-intérêts pécuniaires et à l'intérêt avant jugement. Elle a annulé les dommages-intérêts pécuniaires accordés pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure au motif que, suivant son appréciation de la preuve, l'existence de ces pertes n'était pas établie. Elle a accordé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour en application de l'art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême* afin que soit déterminée la norme de révision que devait appliquer la Cour d'appel de la Saskatchewan.

Arrêt (les juges Bastarache, LeBel, Deschamps et Charron sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. Les dommages-intérêts pécuniaires accordés pour la perte de revenus antérieure sont rétablis, mais leur montant est abaissé pour tenir compte du temps que L a passé en prison et des prestations d'aide sociale qu'il a touchées pendant la période considérée.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, Fish et Abella : En Saskatchewan, comme ailleurs au Canada, les conclusions du juge de première instance relatives à des faits prouvés directement et ses inférences factuelles ne sont susceptibles de révision en appel que selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. La *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* — son art. 14 en particulier — n'a pas créé en Saskatchewan une cour d'appel radicalement différente de celles des autres provinces sur le plan des pouvoirs ou de l'objet. Au contraire, le libellé de la Loi de 2000 et des lois qui l'ont précédée, l'historique législatif de chacune d'elles et leur interprétation par notre Cour et par la Cour d'appel de la Saskatchewan mènent à la conclusion que la Loi de 2000 n'a pas changé la norme de révision en appel applicable dans la province à l'égard d'une question de fait : l'appel est instruit par

legislative instruction to the contrary, cannot disregard the governing principle of appellate intervention on questions of fact. They may make their own findings and draw their own inferences, but only where the trial judge is shown to have committed a palpable and overriding error or made findings of fact, including inferences of fact, that are clearly wrong, unreasonable, or unsupported by the evidence. A court of appeal cannot substitute for the reasonable inference preferred by the trial judge, an equally, or even more, persuasive inference of its own. These principles are consistent with this Court's recent decision in *Housen*. [3-6] [13-16] [74] [80] [89] [110]

In this case, the Saskatchewan Court of Appeal reversed the trial judge on six points: (1) qualification of the experts, (2) causation, (3) mitigation, (4) incarceration, (5) collateral benefits, and (6) loss of future earnings. The Court of Appeal erred in interfering with the trial judge's findings on the first three issues because it applied the wrong standard and improperly substituted its own opinion of the facts for that of the trial judge. The trial judge, however, made "palpable and overriding errors" on the last three issues. His finding that S's sexual abuse of L caused his loss of income due to imprisonment is both contrary to judicial policy and unsupported by the evidence. L's lack of gainful employment caused by his imprisonment resulted from his criminal conduct, not from his abuse by S or from the alcoholism. The award for loss of past earnings should thus be reduced to reflect the time L spent in prison. The trial judge also erred in not deducting from the same award the social assistance payments L had received during the relevant period. The trial judge's failure to make such deduction constitutes a severable error of principle. Finally, the trial judge's award for loss of future earnings must be set aside. The finding that a person has had emotional and substance abuse problems which in the past have impacted on his earning capacity is not in itself a sufficient basis for concluding on the balance of probabilities that this state of affairs will endure indefinitely. [111] [137] [142-143] [145] [148] [152]

Per Bastarache, LeBel and Deschamps JJ. (dissenting in part): In Saskatchewan, the nature of appellate review is by way of rehearing and not review for error. The grammatical and ordinary sense of the words used in ss. 13 and 14 of *The Court of Appeal Act, 2000*, as well as the object of the Act, the object of the specific legislative provisions that form the statutory framework for appeals, and the Act's historical foundations, clearly lead

voie de contrôle d'erreur (« *review for error* »), et non par voie de nouvelle audition. Au Canada, à défaut d'une prescription expresse contraire de la loi, une cour d'appel ne peut faire fi du principe régissant l'appel d'une conclusion de fait. Elle peut tirer ses propres conclusions et inférences, mais seulement s'il est établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ou qu'il a tiré des conclusions de fait, y compris des inférences de fait, manifestement erronées, déraisonnables ou non étayées par la preuve. Une cour d'appel ne peut substituer à l'inférence raisonnable retenue par le juge de première instance sa propre inférence tout aussi convaincante, sinon plus. Ces principes sont conformes au récent arrêt *Housen* de notre Cour. [3-6] [13-16] [74] [80] [89] [110]

En l'espèce, la Cour d'appel de la Saskatchewan a infirmé la décision de première instance au regard de six points : (1) la compétence des experts, (2) la causalité, (3) la limitation du préjudice, (4) l'incarcération, (5) les prestations parallèles et (6) la perte de revenus ultérieure. Elle a eu tort de modifier les conclusions du juge de première instance quant aux trois premiers, car elle n'a pas appliqué la norme appropriée et a irrégulièrement substitué sa propre interprétation des faits à la sienne. Cependant, le juge de première instance a commis des erreurs « manifestes et dominantes » quant aux trois derniers points. Sa conclusion que les abus sexuels ont causé la perte de revenus due à l'incarcération n'est ni conforme aux principes judiciaires ni étayée par la preuve. L'absence d'emploi rémunérateur imputable à l'emprisonnement résultait du comportement criminel de L, et non de son alcoolisme ou des actes de S. Le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte de revenus antérieure doit donc être abaissé en fonction du temps que L a passé en prison. Le juge de première instance a également eu tort de ne pas en déduire les prestations d'aide sociale touchées par L pendant la période considérée. L'omission de le faire constitue une erreur de principe dissociable. Enfin, les dommages-intérêts accordés pour la perte de revenus ultérieure doivent être annulés. Le fait qu'une personne a connu des problèmes émotionnels et de toxicomanie qui ont nui à sa capacité de gain ne permet pas à lui seul de conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu'il en sera toujours ainsi. [111] [137] [142-143] [145] [148] [152]

Les juges Bastarache, LeBel et Deschamps (dissidents en partie) : En Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, et non de contrôle d'erreur (« *review for error* »). Le sens grammatical et ordinaire des mots employés aux art. 13 et 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, l'objet de la Loi et des dispositions établissant le cadre législatif de l'appel, de même que les fondements historiques de la Loi permettent clairement

to that conclusion. *The Court of Appeal Act, 2000* is the only one among all of the statutes governing the powers of appellate courts in Canada that relieves the Court of Appeal of any obligation to adopt the view of the evidence taken by the trial judge and directs it to act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves. [157] [243] [296]

A number of Saskatchewan Court of Appeal cases also support the conclusion that the nature of appellate review in Saskatchewan is by way of rehearing. To the extent that there are cases from this Court and the Saskatchewan Court of Appeal that appear to conflict with this conclusion, they can be reconciled. In particular, in *Housen*, the mere fact that this Court did not, on an appeal from the Saskatchewan Court of Appeal, refer to *The Court of Appeal Act* but instead used a statement from a different province's Court of Appeal that is in conflict with the clear language of that Act to define the role of the appellate court in Saskatchewan, demonstrates that *Housen* should not be used to understand the nature of appellate review in that province. Rather, the application of *Housen* as an authority should be limited to general standards of appellate review only. [259] [294-298]

Appellate review by way of rehearing is not a retrial or a *de novo* hearing. On an appeal by way of rehearing, the Court of Appeal is not limited to a review of the lower court's decision and can form its own judgment on the issues and direct its attention to the merits of the case. This does not mean, however, that the Court of Appeal can ignore the trial judge's findings. The special advantage of the trial judge calls for a measure of deference on the part of the Saskatchewan Court of Appeal when, pursuant to the direction in s. 14 of the Act, it is considering what the evidence proves. Factual findings that engage the special advantage of the trial judge will be accorded some deference and the Court of Appeal will only interfere and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a palpable and overriding error in his or her fact finding. Factual findings that do not engage the special advantage of the trial judge are not entitled to the same level of deference. The Court of Appeal will only interfere and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a simple error in his or her fact finding. In the case of inferences of fact, since a trial judge is in no better position than the Court of Appeal to draw inferences of fact from a base of fact properly established, the threshold that the Court of Appeal must pass before substituting its own inference of fact is reasonableness. Nevertheless, given the respect that is to be accorded to the office of the trial judge, in the cases of inferences of fact or of findings of fact that do not engage the special advantage of the trial judge, the

de tirer cette conclusion. Parmi les lois qui régissent les pouvoirs des cours d'appel au Canada, la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* est la seule à soustraire la Cour d'appel à l'obligation d'accepter les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve et à lui enjoindre de décider en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve. [157] [243] [296]

Un certain nombre de décisions de la Cour d'appel de la Saskatchewan appuient la conclusion que, dans la province, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition. Les arrêts de notre Cour et de la Cour d'appel de la Saskatchewan qui semblent contredire cette conclusion peuvent être conciliés avec elle. Dans *Housen*, en particulier, le simple fait que, dans le cadre d'un appel de la décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan, notre Cour a passé sous silence la *Court of Appeal Act*, mais a cité un passage d'une décision d'une autre cour d'appel contredisant le libellé clair de cette loi pour définir le rôle de la cour d'appel en Saskatchewan montre que l'arrêt *Housen* ne saurait servir à déterminer la nature de la révision en appel dans cette province. L'arrêt *Housen* ne devrait valoir que pour les normes générales de révision en appel. [259] [294-298]

L'appel par voie de nouvelle audition n'équivaut ni à la reprise du procès ni à une audition *de novo*. Dans le cadre d'un tel appel, la Cour d'appel n'est pas confinée à l'examen de la décision du tribunal inférieur. Elle doit former sa propre opinion sur les questions en litige et se pencher sur le fond de l'affaire. Il ne s'ensuit cependant pas qu'elle peut faire abstraction des conclusions du juge de première instance. L'avantage particulier dont bénéficie ce dernier exige de la Cour d'appel de la Saskatchewan qu'elle fasse preuve d'une certaine déférence lorsqu'elle apprécie la preuve conformément à la prescription de l'art. 14 de la Loi. La Cour d'appel doit faire preuve de déférence vis-à-vis des conclusions factuelles qui font jouer cet avantage particulier; elle n'interviendra et ne se fondera sur sa propre appréciation de la preuve que si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en appréciant les faits. La conclusion factuelle qui ne fait pas jouer l'avantage particulier du juge de première instance ne commande pas la même déférence. La Cour d'appel n'interviendra et ne se fondera sur sa propre appréciation de la preuve que si une simple erreur a été commise dans l'appréciation des faits. Le juge de première instance n'étant pas mieux placé que la Cour d'appel pour tirer une inférence de fait d'un ensemble de faits dûment établis, le critère auquel la Cour d'appel doit satisfaire pour substituer sa propre inférence de fait à la sienne est celui de la raisonnabilité. Vu le respect que commande la charge de juge de première instance, lorsque l'avantage particulier du juge ne

Court of Appeal will presuppose that the trial judge has drawn reasonable inferences of fact or made factual findings free of error. [178] [245] [253-256]

The Court of Appeal correctly applied the appropriate standard when it set aside the trial judge's pecuniary damages award for both past and future loss of earnings, because the factual inferences on which the award was based were not reasonably supported by the evidence and were therefore not reasonable. Even if the more stringent standard set out in *Housen* applied here, the Court of Appeal's decision would still be upheld. The trial judge's findings were so unreasonable that they amounted to palpable error in the appreciation of the evidence and the inferences drawn. With respect to past loss of earnings, the trial judge's first inference that S's sexual abuse caused L's alcoholism was based primarily on the general expert evidence. However, the expert witnesses in this case transcended their respective fields of expertise when they testified as to the etiology of alcoholism and the cause of L's alcoholism in particular. Since the expert witnesses were not properly qualified to express opinions on this subject, their evidence in this regard is entitled to no weight, and L's testimony as to the effect of S's sexual abuse on his alcoholism could not, on its own, provide a sufficient evidentiary basis for the trial judge's inference that S's sexual abuse caused L's alcoholism. The trial judge's second inference that S's sexual abuse caused L's emotional problems which resulted in L losing employment income also lacks a sufficient evidentiary foundation. The evidence adduced at trial only demonstrated that L did not work between 1978-1987 and worked only sporadically between 1988-2000. It does not prove that L was wholly or largely unable to work because of his emotional problems. L's sporadic work record, in itself, is as consistent with choosing not to work as with being unable to work. With respect to future loss of earnings, since it was not reasonable for the trial judge to conclude that L suffered a loss of employment income because of S's sexual abuse, given the evidentiary gaps in the trial judge's causal chain, it was likewise not reasonable for him to conclude that L will continue to suffer such a loss in the future. [306] [313-317] [323-325] [329]

Per Charron J. (dissenting in part): There is agreement with the majority's analysis on the governing standard of review for appeals in Saskatchewan and the Court of Appeal thus erred in finding that the standard was other than that adopted by this Court in *Housen*. However, on application of the appropriate standard of review, the Court of Appeal was correct in setting aside the entire award for pecuniary damages. There is agreement with

joue pas, la Cour d'appel présupposera néanmoins que l'inférence de fait est raisonnable ou que la conclusion factuelle est exempte d'erreur. [178] [245] [253-256]

La Cour d'appel a bien appliqué la norme appropriée en annulant les dommages-intérêts pécuniaires accordés pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure, car les inférences factuelles sur lesquelles se fondait cet octroi n'étaient pas raisonnablement étayées par la preuve et n'étaient donc pas raisonnables. Même au regard de la norme plus stricte établie dans l'arrêt *Housen*, la décision de la Cour d'appel serait quand même confirmée en l'espèce. Les conclusions du juge de première instance étaient si déraisonnables qu'elles entachaient d'une erreur manifeste l'appréciation de la preuve et les inférences tirées. En ce qui concerne la perte de revenus antérieure, la première inférence du juge — les abus sexuels de S ont causé l'alcoolisme de L — se fondait principalement sur la preuve d'expert générale. Or, en l'espèce, les témoins experts ont outrepassé leurs domaines d'expertise respectifs en témoignant sur l'étiologie de l'alcoolisme en général et sur la cause de l'alcoolisme de L en particulier. Comme ils n'étaient pas dûment qualifiés pour se prononcer sur ces sujets, leurs témoignages n'ont aucune valeur à cet égard. Le témoignage de L concernant l'incidence des abus sexuels sur son alcoolisme ne pouvait à lui seul étayer suffisamment l'inférence du juge de première instance selon laquelle les abus sexuels de S avaient causé l'alcoolisme de L. La deuxième inférence du juge — les abus sexuels étaient à l'origine des problèmes émotionnels qui avaient fait perdre des revenus d'emploi à L — ne s'appuie pas non plus sur une preuve suffisante. La preuve offerte au procès établissait seulement que L n'avait pas travaillé de 1978 à 1987 et qu'il n'avait travaillé que sporadiquement de 1988 à 2000. Cette preuve n'établit pas que L était totalement ou en grande partie incapable de travailler à cause de ses problèmes émotionnels. Le fait qu'il a travaillé sporadiquement peut aussi bien résulter d'un choix que d'une incapacité. Pour ce qui est de la perte de revenus ultérieure, comme il n'était pas raisonnable de conclure que L avait subi une perte de revenus d'emploi à cause des abus sexuels de S, étant donné les lacunes, sur le plan de la preuve, de la chaîne causale établie par le juge de première instance, il n'était pas non plus raisonnable de conclure que L continuerait de subir une telle perte. [306] [313-317] [323-325] [329]

La juge Charron (dissidente en partie) : L'analyse des juges majoritaires concernant la norme de révision en appel applicable dans la province de la Saskatchewan est juste, et la Cour d'appel a donc eu tort de conclure que la norme applicable n'était pas celle établie par notre Cour dans *Housen*. Toutefois, compte tenu de l'application de la norme de révision appropriée, la Cour d'appel a annulé à bon droit la totalité des dommages-intérêts pécuniaires

the minority that the same error informed the trial judge's decision to award pecuniary damages in respect of both past and future loss of earnings. The trial judge found that there was a causal connection between the acts of sexual abuse and a lifelong inability to earn income. The evidence did not support this finding and, consequently, the award for loss of income, past and future, is unreasonable. [347-348]

Cases Cited

By Fish J.

Applied: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *M.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 477, 2003 SCC 53; **referred to:** *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Tanel v. Rose Beverages (1964) Ltd.* (1987), 57 Sask. R. 214; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; *Markling v. Ewaniuk*, [1968] S.C.R. 776; *Kosinski v. Snaith* (1983), 25 Sask. R. 73; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *Assicurazioni Generali SpA v. Arab Insurance Group*, [2003] 1 W.L.R. 577; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan v. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244; *Sisson v. Pak Enterprises Ltd.* (1987), 64 Sask. R. 232; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Knight v. Huntington* (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68; *Bogdanoff v. Saskatchewan Government Insurance* (2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35; *Brown v. Zaitsoff Estate* (2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18; *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

By Bastarache J. (dissenting in part)

Housen v. Nikolaisen, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Fox v. Percy* (2003), 214 C.L.R. 118, [2003] HCA 22; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *Farm Credit Corp. v. Valley Beef Producers Co-operative Ltd.* (2002), 223 Sask. R. 236, 2002 SKCA 100; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *Hallberg v. Canadian National Railway Co.* (1955), 16 W.W.R. 538; *Taylor v. University of Saskatchewan* (1955), 15 W.W.R. 459; *Audergon v. La Baguette Ltd.*, [2002] E.W.J. No. 78 (QL), [2002] EWCA Civ 10; *Gray v. Turnbull* (1870), L.R. 2 Sc. & Div. 53;

accordés. Comme le concluent les juges minoritaires, la même erreur entachait la décision du juge de première instance d'accorder des dommages-intérêts pécuniaires pour les pertes de revenus passée et future. Le juge a en effet conclu à l'existence d'un lien de causalité entre les abus sexuels et l'incapacité permanente de gagner un revenu. La preuve n'étayait pas cette conclusion, de sorte que l'indemnisation pour les pertes de revenus passée et future est déraisonnable. [347-348]

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêts appliqués : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *M.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 477, 2003 CSC 53; **arrêts mentionnés :** *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Tanel c. Rose Beverages (1964) Ltd.* (1987), 57 Sask. R. 214; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *Markling c. Ewaniuk*, [1968] R.C.S. 776; *Kosinski c. Snaith* (1983), 25 Sask. R. 73; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Assicurazioni Generali SpA c. Arab Insurance Group*, [2003] 1 W.L.R. 577; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Harrington c. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan c. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244; *Sisson c. Pak Enterprises Ltd.* (1987), 64 Sask. R. 232; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Knight c. Huntington* (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68; *Bogdanoff c. Saskatchewan Government Insurance* (2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35; *Brown c. Zaitsoff Estate* (2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18; *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

Citée par le juge Bastarache (dissident en partie)

Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Fox c. Percy* (2003), 214 C.L.R. 118, [2003] HCA 22; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *Farm Credit Corp. c. Valley Beef Producers Co-operative Ltd.* (2002), 223 Sask. R. 236, 2002 SKCA 100; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *Hallberg c. Canadian National Railway Co.* (1955), 16 W.W.R. 538; *Taylor c. University of Saskatchewan* (1955), 15 W.W.R. 459; *Audergon c. La Baguette Ltd.*, [2002] E.W.J. No. 78 (QL), [2002] EWCA Civ 10; *Gray c. Turnbull* (1870), L.R. 2 Sc. & Div. 53;

Bigsby v. Dickinson (1876), 4 Ch. D. 24; *Coghlan v. Cumberland*, [1898] 1 Ch. 704; *Montgomerie & Co. v. Wallace-James*, [1904] A.C. 73; *Mersey Docks and Harbour Board v. Procter*, [1923] A.C. 253; *Benmax v. Austin Motor Co.*, [1955] A.C. 370; *Coventry v. Annable* (1911), 19 W.L.R. 400, aff'd (1912), 46 S.C.R. 573; *Greene, Swift & Co. v. Lawrence* (1912), 2 W.W.R. 932; *Miller v. Foley & Sons* (1921), 59 D.L.R. 664; *Messer v. Messer* (1922), 66 D.L.R. 833; *Monaghan v. Monaghan*, [1931] 2 W.W.R. 1; *Kowalski v. Sharpe* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 604; *Tarasoff v. Zielinsky*, [1921] 2 W.W.R. 135; *Matthewson v. Thompson*, [1925] 2 D.L.R. 1211; *French v. French*, [1939] 2 W.W.R. 435; *Wilson v. Erbach* (1966), 56 W.W.R. 659; *Tanfern Ltd. v. Cameron-MacDonald*, [2000] 1 W.L.R. 1311; *Assicurazioni Generali SpA v. Arab Insurance Group*, [2003] 1 W.L.R. 577; *S.S. Hontestroom v. S.S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37; *Whitehouse v. Jordan*, [1981] 1 All E.R. 267; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15; *Warren v. Coombes* (1979), 142 C.L.R. 531; *Workmen's Compensation Board v. Greer*, [1975] 1 S.C.R. 347; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan v. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244; *Tanel v. Rose Beverages (1964) Ltd.* (1987), 57 Sask. R. 214; *Sisson v. Pak Enterprises Ltd.* (1987), 64 Sask. R. 232; *Knight v. Huntington* (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68; *Bogdanoff v. Saskatchewan Government Insurance* (2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35; *Brown v. Zaitsoff Estate* (2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18; *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *Parker v. Saskatchewan Hospital Assn.*, [2001] 7 W.W.R. 230, 2001 SKCA 60; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; *State Rail Authority of New South Wales v. Wiegold* (1991), 25 N.S.W.L.R. 500; *M.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 477, 2003 SCC 53.

By Charron J. (dissenting in part)

Housen v. Nikolaisen, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, r. 518(c), (e).
Civil Procedure Rules 1998 (U.K.), S.I. 1998 No. 3132, Part 52 [ad. S.I. 2000 No. 221], r. 52.11(1).
Constitution Act, 1867, s. 92(13), (14).
Court of Appeal Act, R.S.B.C. 1996, c. 77, s. 9(2).
Court of Appeal Act, R.S.M. 1987, c. C240, s. 26(1), (2).
Court of Appeal Act, R.S.S. 1930, c. 48, s. 8.

Bigsby c. Dickinson (1876), 4 Ch. D. 24; *Coghlan c. Cumberland*, [1898] 1 Ch. 704; *Montgomerie & Co. c. Wallace-James*, [1904] A.C. 73; *Mersey Docks and Harbour Board c. Procter*, [1923] A.C. 253; *Benmax c. Austin Motor Co.*, [1955] A.C. 370; *Coventry c. Annable* (1911), 19 W.L.R. 400, conf. par (1912), 46 R.C.S. 573; *Greene, Swift & Co. c. Lawrence* (1912), 2 W.W.R. 932; *Miller c. Foley & Sons* (1921), 59 D.L.R. 664; *Messer c. Messer* (1922), 66 D.L.R. 833; *Monaghan c. Monaghan*, [1931] 2 W.W.R. 1; *Kowalski c. Sharpe* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 604; *Tarasoff c. Zielinsky*, [1921] 2 W.W.R. 135; *Matthewson c. Thompson*, [1925] 2 D.L.R. 1211; *French c. French*, [1939] 2 W.W.R. 435; *Wilson c. Erbach* (1966), 56 W.W.R. 659; *Tanfern Ltd. c. Cameron-MacDonald*, [2000] 1 W.L.R. 1311; *Assicurazioni Generali SpA c. Arab Insurance Group*, [2003] 1 W.L.R. 577; *S.S. Hontestroom c. S.S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37; *Whitehouse c. Jordan*, [1981] 1 All E.R. 267; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15; *Warren c. Coombes* (1979), 142 C.L.R. 531; *Workmen's Compensation Board c. Greer*, [1975] 1 R.C.S. 347; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan c. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244; *Tanel c. Rose Beverages (1964) Ltd.* (1987), 57 Sask. R. 214; *Sisson c. Pak Enterprises Ltd.* (1987), 64 Sask. R. 232; *Knight c. Huntington* (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68; *Bogdanoff c. Saskatchewan Government Insurance* (2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35; *Brown c. Zaitsoff Estate* (2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18; *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *Parker c. Saskatchewan Hospital Assn.*, [2001] 7 W.W.R. 230, 2001 SKCA 60; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *State Rail Authority of New South Wales c. Wiegold* (1991), 25 N.S.W.L.R. 500; *M.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 477, 2003 CSC 53.

Citée par la juge Charron (dissidente en partie)

Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33.

Lois et règlements cités

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, règles 518c), e).
Civil Procedure Rules 1998 (R.-U.), S.I. 1998 No. 3132, partie 52 [aj. S.I. 2000 No. 221], règle 52.11(1).
Court of Appeal Act, R.S.B.C. 1996, ch. 77, art. 9(2).
Court of Appeal Act, R.S.S. 1930, ch. 48, art. 8.
Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, ch. C-42, art. 8.
Court of Appeal Act, S.S. 1915, ch. 9, art. 8, 9.

Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, c. C-42, s. 8.
Court of Appeal Act, S.S. 1915, c. 9, ss. 8, 9.
Court of Appeal Act, 2000, S.S. 2000, c. C-42.1, ss. 7(2)(a), 12, 13, 14, 16.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 134(1)(a), (4)(a).
Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 10.
Indian Act, S.C. 1951, c. 29.
Interpretation Act, 1995, S.S. 1995, c. I-11.2, ss. 10, 35 [am. 1998, c. 47, s. 6].
Rules of the Supreme Court, 1883 (U.K.), Order 39, Order 58, rr. 1, 4.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 37.
Supreme Court Act, R.S.P.E.I. 1987, c. 66, s. 56(1)(a), (4)(a).

Authors Cited

Andrews, N. H. "A New System of Civil Appeals and a New Set of Problems", [2000] *Cambridge L.J.* 464.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Great Britain. *Civil Procedure*. London: Sweet & Maxwell, 2002.
Hohfeld, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, ed. by W. W. Cook. New Haven: Yale University Press, 1923.
Jolowicz, J. A. "Court of Appeal or Court of Error?", [1991] *Cambridge L.J.* 54.
Jolowicz, J. A. "The New Appeal: re-hearing or revision or what?" (2001), 20 *C.J.Q.* 7.
Perell, Paul M. "The Standard of Appellate Review and the Ironies of Housen v. Nikolaisen" (2004), 28 *Advocates' Q.* 40.
Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
Saskatchewan. Legislative Assembly. *Debates and Proceedings (Hansard)*, 1st Sess., 24th Leg., June 7, 2000, pp. 1625-26.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
Zuckerman, Adrian A. S. *Civil Procedure*. London: LexisNexis UK, 2003.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Cameron, Vancise and Lane JJ.A.) (2002), 227 Sask. R. 165, 287 W.A.C. 165, [2003] 5 W.W.R. 421, [2002] S.J. No. 702 (QL), 2002 SKCA 131, affirming in part a decision of Klebuc J. (2001), 208 Sask. R. 183, [2001] 7 W.W.R. 722, 5

Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13), (14).
Loi d'interprétation de 1995, L.S. 1995, ch. I-11,2, art. 10, 35 [mod. 1998, ch. 47, art. 6].
Loi de 2000 sur la Cour d'appel, L.S. 2000, ch. C-42,1, art. 7(2)a), 12, 13, 14, 16.
Loi sur la Cour d'appel, L.R.M. 1987, ch. C240, art. 26(1), (2).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 37.
Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 134(1)a), (4)a).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 10.
Rules of the Supreme Court, 1883 (R.-U.), ordonnance 39, ordonnance 58, règles 1, 4.
Supreme Court Act, R.S.P.E.I. 1987, ch. 66, art. 56(1)a), (4)a).

Doctrine citée

Andrews, N. H. « A New System of Civil Appeals and a New Set of Problems », [2000] *Cambridge L.J.* 464.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Grande-Bretagne. *Civil Procedure*. London : Sweet & Maxwell, 2002.
Hohfeld, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, ed. by W. W. Cook. New Haven : Yale University Press, 1923.
Jolowicz, J. A. « Court of Appeal or Court of Error? », [1991] *Cambridge L.J.* 54.
Jolowicz, J. A. « The New Appeal : re-hearing or revision or what? » (2001), 20 *C.J.Q.* 7.
Perell, Paul M. « The Standard of Appellate Review and the Ironies of Housen v. Nikolaisen » (2004), 28 *Advocates' Q.* 40.
Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
Saskatchewan. Assemblée législative. *Debates and Proceedings (Hansard)*, 1re sess., 24e lég., 7 juin 2000, p. 1625-1626.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.
Zuckerman, Adrian A. S. *Civil Procedure*. London : LexisNexis UK, 2003.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Cameron, Vancise et Lane) (2002), 227 Sask. R. 165, 287 W.A.C. 165, [2003] 5 W.W.R. 421, [2002] S.J. No. 702 (QL), 2002 SKCA 131, qui a confirmé en partie un jugement du juge Klebuc (2001), 208 Sask. R. 183, [2001] 7 W.W.R.

C.C.L.T. (3d) 186, [2001] S.J. No. 298 (QL), 2001 SKQB 233, and supplementary reasons (2001), 210 Sask. R. 114, [2001] 11 W.W.R. 727, [2001] S.J. No. 478 (QL), 2001 SKQB 233. Appeal allowed in part, Bastarache, LeBel, Deschamps and Charron JJ. dissenting in part.

E. F. Anthony Merchant, Q.C., *Eugene Meehan, Q.C.*, and *Graham Neill*, for the appellant.

Roslyn J. Levine, Q.C., and *Mark Kindrachuk*, for the respondent.

Barry J. Hornsberger, Q.C., for the intervener.

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

FISH J. —

I. Introduction

This appeal turns on the applicable standard of appellate review on questions of fact in Saskatchewan, and on the application of that standard by the Court of Appeal in this case. Our concern is with all of the facts, and nothing but the facts: with facts proved directly and with facts inferred, but not with questions of law or questions of mixed law and fact.

Legislatures may fix by statute the powers of the appellate courts they are constitutionally authorized to create. The Legislative Assembly of Saskatchewan has done so, most recently in *The Court of Appeal Act, 2000*, S.S. 2000, c. C-42.1 ("*2000 Act*").

The *2000 Act* did not enlarge materially the powers previously vested in the Saskatchewan Court of Appeal. Nor did it purport to modify at all the manner in which those powers have been exercised for nearly half a century.

More particularly, the *2000 Act* did not change the standard of review applicable in Saskatchewan to appellate intervention with respect to findings of fact. The criteria that govern the exercise by the Court of Appeal of its statutory powers in this regard remain unchanged. Like other appellate courts across the country, it may substitute its own

722, 5 C.C.L.T. (3d) 186, [2001] S.J. No. 298 (QL), 2001 SKQB 233, et motifs supplémentaires (2001), 210 Sask. R. 114, [2001] 11 W.W.R. 727, [2001] S.J. No. 478 (QL), 2001 SKQB 233. Pourvoi accueilli en partie, les juges Bastarache, LeBel, Deschamps et Charron sont dissidents en partie.

E. F. Anthony Merchant, c.r., *Eugene Meehan, c.r.*, et *Graham Neill*, pour l'appelant.

Roslyn J. Levine, c.r., et *Mark Kindrachuk*, pour l'intimé.

Barry J. Hornsberger, c.r., pour l'intervenant.

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

LE JUGE FISH —

I. Introduction

1 Le présent pourvoi porte sur la norme de révision applicable en appel à l'égard d'une question de fait en Saskatchewan et sur l'application de cette norme en l'espèce par la Cour d'appel. Il a pour objet tous les faits et seulement eux, qu'ils soient prouvés directement ou inférés, et non des questions de droit ou mixtes de fait et de droit.

2 Une législature peut définir dans une loi les pouvoirs de la cour d'appel que la Constitution l'autorise à créer. L'assemblée législative de la Saskatchewan l'a fait pour la dernière fois dans la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, L.S. 2000, ch. C-42,1 (« *Loi de 2000* »).

3 Cette loi n'a pas accru sensiblement les pouvoirs de la Cour d'appel de la Saskatchewan. Elle ne visait pas non plus à modifier la manière dont ces pouvoirs étaient exercés depuis près d'un demi-siècle.

4 Plus particulièrement, la *Loi de 2000* n'a pas changé la norme de révision applicable en appel à l'égard d'une conclusion de fait. Les critères régissant l'exercice des pouvoirs légaux de la Cour d'appel à ce chapitre demeurent les mêmes. À l'instar des autres cours d'appel du pays, la Cour d'appel de la Saskatchewan peut substituer sa propre

view of the evidence and draw its own inferences of fact where the trial judge is shown to have committed a palpable and overriding error or made findings of fact that are clearly wrong, unreasonable or unsupported by the evidence.

5 This standard of appellate review is subject, of course, to statutory exceptions. It does not apply where the legislature has expressly provided otherwise. Nothing in the *2000 Act* reflects any such intention or has any such effect. It sets out the powers of the Court of Appeal in considerable detail; in other Canadian jurisdictions, equivalent powers are conferred in more general terms. As we shall see, however, the *2000 Act* neither bestows on the Court of Appeal for Saskatchewan unique powers of appellate intervention on questions of fact nor ordains their exercise in a manner that, within Canada, is exclusive to Saskatchewan.

6 In my respectful view, the Court of Appeal departed from the applicable standard in this case.

7 I would therefore allow the appeal in part, with costs, as explained in the reasons that follow.

II. Overview

8 This matter reaches us, exceptionally, with leave granted by the Court of Appeal itself, pursuant to s. 37 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26. In reversing the trial judge, the Court of Appeal felt empowered by its governing statute to "rehear" the case. Speaking for the Court of Appeal on the leave application, Bayda C.J.S. acknowledged that a very different standard — "review for error" — had been held applicable in "the recent majority decision of the Supreme Court of Canada in *Housen v. Nikolaisen et al.*, [2002] 2 S.C.R. 235". "Both conclusions", said the Chief Justice, "cannot be right" ((2003), 238 Sask. R. 167, 2003 SKCA 78, at para. 11). I agree, of course, and, in my respectful view, it is the standard applied by the Court of Appeal — the "rehearing" standard — that is wrong.

appréciation de la preuve et tirer ses propres inférences de fait lorsqu'il est établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ou tiré des conclusions de fait manifestement erronées, déraisonnables ou non étayées par la preuve.

Évidemment, cette norme de révision s'applique en appel sous réserve des exceptions prévues par la loi. Le législateur peut l'écarter expressément. Aucune disposition de la *Loi de 2000* ne traduit pareille intention ni n'a cet effet. Les pouvoirs de la Cour d'appel y sont énoncés de manière très détaillée; dans les autres provinces ou territoires canadiens, les pouvoirs équivalents sont formulés de façon plus générale. Or, nous le verrons, la *Loi de 2000* ne confère pas à la Cour d'appel de la Saskatchewan un pouvoir d'intervention unique à l'égard d'une question de fait ni ne prescrit l'exercice de ce pouvoir selon des modalités qui, au Canada, sont propres à la Saskatchewan.

En toute déférence, la Cour d'appel n'a pas respecté la norme de révision applicable en l'espèce.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, avec dépens, pour les motifs qui suivent.

II. Vue d'ensemble

Exceptionnellement, la question nous est soumise avec l'autorisation de la Cour d'appel elle-même, en application de l'art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26. La Cour d'appel a infirmé la décision de première instance après avoir estimé que sa loi constitutive l'investissait du pouvoir de « réentendre » l'affaire. Saisie de la demande d'autorisation, elle a reconnu, par la voix du juge en chef Bayda, qu'une norme très différente — celle du [TRADUCTION] « contrôle d'erreur » (« *review for error* ») — avait été jugée applicable par [TRADUCTION] « les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada dans le récent arrêt *Housen c. Nikolaisen et al.*, [2002] 2 R.C.S. 235 ». Le Juge en chef a opiné que [TRADUCTION] « les deux points de vue ne pouvaient être valables » ((2003), 238 Sask. R. 167, 2003 SKCA 78, par. 11). Je suis évidemment d'accord avec lui et, à mon humble avis, c'est la norme fondée sur le pouvoir de la Cour d'appel de « réentendre » l'affaire qui doit céder le pas.

I shall deal later with the difference between the majority and minority reasons in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. For present purposes, it will suffice to mention that this Court in *Housen* was unanimous on the issue that concerns us here: All nine Justices agreed that the standard of appellate review on questions of fact in Saskatchewan is review for error and not review by rehearing. They agreed as well that findings of fact by the trial judge will be disturbed on appeal only for errors that can properly be characterized as palpable and overriding.

9 Je ferai état plus loin de ce qui a opposé les juges majoritaires aux juges minoritaires dans *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33. Il suffit pour l'instant de mentionner que les neuf juges de notre Cour étaient unanimes quant à la question qui nous intéresse en l'espèce : en Saskatchewan, l'appel interjeté à l'égard d'une conclusion de fait est instruit par voie de contrôle d'erreur, et non de nouvelle audition. Ils ont également convenu que les conclusions de fait du juge de première instance ne pouvaient être modifiées en appel qu'en cas d'erreur pouvant à juste titre être qualifiée de manifeste et de dominante.

It was not contended in *Housen*, either in the Saskatchewan Court of Appeal or in this Court, that the standard of appellate review in Saskatchewan differed significantly from the prevailing standard elsewhere in Canada. And none of the parties found it necessary or useful to refer in their written or oral submissions in this Court to the *2000 Act* or its predecessors. This should not be thought surprising. On second reading, the Minister of Justice assured the Legislative Assembly of Saskatchewan that Bill 80 which, upon its adoption, became the *2000 Act*

10 Dans *Housen*, nul n'a prétendu en Cour d'appel de la Saskatchewan ni devant notre Cour que la norme de révision en appel applicable dans cette province différait sensiblement de celle s'appliquant ailleurs au Canada. Et aucune des parties n'a jugé nécessaire ou utile de faire mention de la *Loi de 2000* ou des lois qui l'ont précédée dans ses plaidoiries orales ou écrites devant notre Cour. Cela n'est pas étonnant. En deuxième lecture, le ministre de la Justice a assuré à l'Assemblée législative de la Saskatchewan que le projet de loi 80 (devenu la *Loi de 2000* après son adoption) :

> doesn't change the jurisdiction of the Court of Appeal in any way, it simply restates the historical jurisdiction of the court in a way that can be understood by users of the Act.
>
> (*Saskatchewan Hansard*, June 7, 2000, at p. 1626)

> [TRADUCTION] ne modifie en rien la compétence de la Cour d'appel. Il ne fait que reformuler sa compétence historique afin que la Loi puisse être comprise par ses « utilisateurs ».
>
> (*Saskatchewan Hansard*, 7 juin 2000, p. 1626)

Moreover, the Saskatchewan Court of Appeal, both before and after the coming into force of the *2000 Act*, had consistently held that a trial judge's findings of fact can be set aside only where palpable and overriding error is shown. It affirmed and reiterated that principle well before this Court's judgment in *Housen*, and even before *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672. Thus, for example, in *Tanel v. Rose Beverages (1964) Ltd.* (1987), 57 Sask. R. 214 (C.A.), Bayda C.J.S. stated that the palpable and overriding standard had been followed by the Saskatchewan Court of Appeal "for a long time and most certainly since [1960]" (p. 218).

11 En outre, la Cour d'appel de la Saskatchewan, tant avant qu'après l'entrée en vigueur de la *Loi de 2000*, avait toujours statué que les conclusions de fait d'un juge de première instance ne pouvaient être écartées que si l'existence d'une erreur manifeste et dominante était établie. Elle a affirmé et réaffirmé ce principe bien avant *Housen*, et même avant l'arrêt *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672. Dans *Tanel c. Rose Beverages (1964) Ltd.* (1987), 57 Sask. R. 214 (C.A.), par exemple, le juge en chef Bayda a dit que la Cour d'appel de la Saskatchewan appliquait la norme de l'erreur manifeste et dominante [TRADUCTION] « depuis longtemps, et très certainement depuis [1960] » (p. 218).

Lensen, also an appeal from Saskatchewan, was decided under the predecessor to the *2000 Act*. This

12 Dans *Lensen*, notre Cour était également saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de

Court dealt specifically in that case with the governing provision of the Saskatchewan statute, but laid down a uniform norm for appellate courts across the country.

13 As we shall see, the decisive provisions of the *2000 Act* are identical in substance to the corresponding provisions of the Act it replaced. This underlines the present relevance of the Court of Appeal's decisions prior to November 1, 2000, when the current Act came into effect. And it reflects the legislative intention, mentioned earlier, not to "change the jurisdiction of the Court of Appeal in any way" (*Saskatchewan Hansard*, at p. 1626).

14 Finally, I agree that the powers of the Saskatchewan Court of Appeal are set out in its constituent statute in greater detail than is the case in most other provinces. Greater detail in an empowering statute, however, does not invariably signal a legislative intent to confer broader powers. Often, the opposite is true. In any event, the *2000 Act* must be read in the light of this Court's jurisprudence — and appellate decisions in Saskatchewan itself — immediately prior to its adoption. Neither the text of the Act nor its legislative history indicates a departure from the principles set out in those cases.

15 In short, I am not at all persuaded that the *2000 Act* was intended to create for Saskatchewan an appellate court radically different, in powers and purpose, from its counterparts in the other provinces. Nothing in the record before us, in the relevant provisions of the Act, or in the Court of Appeal's own earlier appreciation of its proper role suggests to me that it has now been invested with a general jurisdiction to "rehear" trials — that is, to apply a "rehearing" standard when it reviews judgments at trial.

16 To a significant extent, that is what it did here. In my respectful view, it improperly substituted its own opinion of the facts for that of the trial judge. The court evidently viewed with skepticism the trial judge's conclusions regarding the damages suffered by H.L. as a direct result of Mr. Starr's proven

la Saskatchewan rendu en fonction de la loi qu'a remplacée la *Loi de 2000*. Elle a dûment analysé la disposition pertinente de la loi de la Saskatchewan, mais elle a énoncé une seule et même norme applicable à toutes les cours d'appel du pays.

Comme nous le verrons, les dispositions en cause de la *Loi de 2000* sont identiques, sur le fond, à celles qu'elles ont remplacées, d'où la pertinence, dans la présente affaire, des décisions rendues par la Cour d'appel avant le 1er novembre 2000, date d'entrée en vigueur de la loi actuelle. Cela traduit également l'intention du législateur, signalée précédemment, de ne [TRADUCTION] « modifie[r] en rien la compétence de la Cour d'appel » (*Saskatchewan Hansard*, p. 1626).

Enfin, je conviens qu'en Saskatchewan, la loi pertinente énonce les pouvoirs de la cour d'appel de façon plus détaillée que dans la plupart des autres provinces. Cependant, le fait qu'une loi constitutive soit plus exhaustive ne traduit pas invariablement la volonté du législateur de conférer des pouvoirs plus étendus. C'est souvent l'inverse. Quoi qu'il en soit, la *Loi de 2000* doit être interprétée à la lumière des décisions de notre Cour — et des décisions de la Cour d'appel de la Saskatchewan elle-même — rendues juste avant son adoption. Ni le libellé de la Loi ni son historique législatif n'indiquent une dérogation aux principes issus de ces arrêts.

En résumé, je ne suis pas du tout convaincu que la *Loi de 2000* visait à établir en Saskatchewan une cour d'appel radicalement différente de celles des autres provinces sur le plan des pouvoirs ou de l'objet. Ni le dossier qui nous a été présenté ni les dispositions pertinentes de la Loi ni l'appréciation de son rôle par la Cour d'appel elle-même ne me permettent de conclure que cette dernière est désormais investie du pouvoir général de « réentendre » une affaire, c'est-à-dire de se prononcer sur un jugement de première instance à l'issue d'une « nouvelle audition ».

Or, dans une large mesure, elle a agi en l'espèce comme si tel était le cas. À mon humble avis, elle a irrégulièrement substitué sa propre interprétation des faits à celle du juge de première instance. Elle a manifestement mis en doute les conclusions du juge de première instance sur le préjudice infligé

misconduct. Doubt as to the soundness of the trial judge's findings of fact, however, is not a recognized ground of appellate intervention.

I would therefore allow the appeal in part and restore the trial judge's award for past loss of earnings, except where the errors imputed to him are indeed "palpable and overriding".

III. The Facts and Judgment at Trial

H.L., a former resident of Gordon First Nation Reserve, brought an action for sexual battery against William Starr and the Government of Canada for acts that had occurred some twenty years earlier: (2001), 208 Sask. R. 183, 2001 SKQB 233. Mr. Starr was employed at that time by the federal Department of Indian and Northern Affairs ("Department") as Residence Administrator of the Gordon Student Residence on Gordon First Nation Reserve.

With the approval of the Department, Mr. Starr had organized various extracurricular activities for the students and other children living on the Reserve. It was through one of these activities, an after-school boxing club, that Mr. Starr came into contact with H.L. H.L. was then about 14 years old. Mr. Starr sexually abused H.L. on two occasions by subjecting him to acts of masturbation and to requests for sexual favours.

H.L. testified that Mr. Starr's assaults had a profound and enduring impact. He felt "ashamed" and "dirty", and was afraid to tell anyone what had happened, because he thought no one would believe him. He "tried to find a way to get out of going to school because [he] didn't want to be around anybody", and "had a hard time concentrating because it was on [his] mind".

H.L. testified that he had never even "touched" alcohol before the assaults occurred, but began consuming excessive amounts shortly thereafter, when he was 15 or 16 years old. Alcohol provided an "escape" from his recurring thoughts about the sexual assaults. "[M]y way of dealing with it", he

directement à H.L. par les actes répréhensibles prouvés de M. Starr. Cependant, douter de la justesse des conclusions de fait du juge de première instance ne constitue pas un motif reconnu d'intervention en appel.

17 Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de rétablir la décision du juge de première instance quant à la somme accordée pour la perte de revenus antérieure, sauf erreur véritablement « manifeste et dominante » de sa part.

III. Les faits et le jugement de première instance

18 H.L., un ancien résidant de la réserve de la Première nation de Gordon, a intenté une action contre William Starr et le gouvernement du Canada relativement à des voies de fait de nature sexuelle commises quelque vingt ans plus tôt : (2001), 208 Sask. R. 183, 2001 SKQB 233. M. Starr travaillait alors pour le ministère fédéral des Affaires indiennes et du Nord Canada (« ministère ») et administrait le pensionnat situé dans la réserve.

19 Avec l'aval du ministère, M. Starr avait mis sur pied divers programmes d'activités parascolaires destinés aux élèves du pensionnat et aux autres enfants de la réserve. C'est dans le cadre de l'une de ces activités — un club de boxe — que M. Starr avait rencontré H.L. L'appelant avait alors 14 ans. M. Starr l'a agressé sexuellement deux fois en le soumettant à des actes de masturbation et en sollicitant ses faveurs sexuelles.

20 H.L. a témoigné que les actes de M. Starr l'avaient marqué profondément et pour longtemps. Il s'était senti « honteux » et « souillé » et avait craint de se confier à quiconque, pensant que personne ne le croirait. Il avait [TRADUCTION] « cherché un moyen de quitter l'école, car [il] ne voulait avoir affaire à personne », et « avait du mal à se concentrer à cause de ce qui s'était passé ».

21 H.L. a témoigné qu'il n'avait jamais « touché » à l'alcool auparavant, mais qu'il avait commencé à en faire une consommation excessive peu de temps après; il était alors âgé de 15 ou 16 ans. L'alcool lui permettait de « fuir », de ne plus penser sans cesse aux agressions sexuelles. Il a dit : [TRADUCTION]

said, "was to go out and get drunk." That is why he "started drinking at a young age and got addicted to alcohol".

22 Because he had difficulty concentrating and was by then "already into alcohol pretty bad", H.L. left school when he was about 17 years old, without completing the eighth grade. H.L. characterized the sexual abuse perpetrated by Mr. Starr as the most traumatic event of his life.

23 Both H.L. and Canada called witnesses who were qualified as experts in assessing the psychological effects of sexual abuse. Both experts had tested H.L. and interviewed him extensively. Canada's expert, Dr. Arnold, adverted to factors other than H.L.'s sexual abuse by Mr. Starr that had, in his view, contributed to H.L.'s addiction to alcohol. He noted, in particular, that H.L. had grown up in a home that modelled alcohol abuse and violence. Dr. Arnold concluded, however, that Mr. Starr's sexual abuse of H.L. was a "specific triggering event" that led to H.L.'s abuse of alcohol.

24 Asked whether H.L. would have become an alcoholic in any event, Dr. Arnold stated: "He may have had vulnerability, but except for the exposure to the sexual abuse, may not have developed a substance abuse problem. So I have to be careful when I say that, the risk is there, but except for that triggering event it may not have occurred. We don't know." Invited to elaborate, Dr. Arnold added:

> What we have [here] is an individual who has a risk because of his upbringing, so he's — he has a risk and a vulnerability. If specific stressful life events come along and he's exposed to them, such as sexual abuse, he is at more risk than someone who doesn't have that history of vulnerability.

25 H.L.'s expert, Mr. Stewart, testified that H.L. was primarily traumatized by the sexual abuse perpetrated by Mr. Starr, which could be linked to his withdrawal and drinking problems:

> [T]hey certainly coincide with his abuse, and again research would indicate that substance abuse . . . is a direct result of being abused, so with other interviews and assessments and people that I've seen in therapy that

« [M]a façon de réagir à la situation était de sortir et de me soûler. » C'est ainsi qu'il [TRADUCTION] « a commencé à boire à un jeune âge et est devenu alcoolique ».

Comme il avait de la difficulté à se concentrer et était alors [TRADUCTION] « déjà très dépendant à l'alcool », H.L. a quitté l'école à l'âge de 17 ans environ sans avoir terminé sa huitième année. H.L. a dit des abus sexuels commis par M. Starr qu'ils avaient été l'événement le plus traumatisant de sa vie.

H.L. et le procureur général du Canada ont chacun fait entendre un expert de l'évaluation des effets psychologiques de l'abus sexuel. Les deux experts avaient soumis H.L. à des tests et l'avaient interrogé longuement. Selon l'expert du procureur général du Canada, le D^r^ Arnold, d'autres facteurs que les abus sexuels avaient contribué à la dépendance de H.L. à l'alcool, notamment le fait d'avoir grandi dans une famille où sévissaient l'abus d'alcool et la violence. Le D^r^ Arnold a toutefois conclu que les abus sexuels avaient été un [TRADUCTION] « événement déclencheur » à l'origine de l'alcoolisme de H.L.

Lorsqu'on lui a demandé si H.L. serait devenu alcoolique de toute façon, le D^r^ Arnold a répondu : [TRADUCTION] « Il aurait pu être vulnérable, mais n'eût été les abus sexuels, il aurait pu ne jamais abuser de substances intoxicantes. Je dois donc être prudent lorsque j'affirme que le risque existe, mais que sans cet événement déclencheur, il aurait pu ne pas se réaliser. Nous ne le savons pas. » Invité à préciser sa pensée, le D^r^ Arnold a ajouté :

> [TRADUCTION] Nous avons affaire à un individu prédisposé par son éducation, il est donc — il est prédisposé et vulnérable. Si un événement stressant se produit, s'il est victime d'abus sexuel par exemple, il est plus prédisposé qu'un autre ne présentant aucune vulnérabilité.

L'expert de H.L., M. Stewart, a témoigné que l'appelant avait avant tout été traumatisé par les abus sexuels, que l'on pouvait rattacher à son repli sur soi et à son problème d'alcool :

> [TRADUCTION] [I]ls coïncident certainement avec les abus sexuels et, là encore, les recherches indiquent que la toxicomanie [. . .] est une conséquence directe de l'abus, alors si je me fie à d'autres entrevues et évaluations et

have undergone sexual abuse, they find it extremely difficult to concentrate . . . .

Mr. Stewart explained that some "resilient" children are able to "shrug off" sexual abuse, with the benefit of a strong home and family life and the opportunity to disclose the abuse in a safe manner. Children who have been abused by a trusted authority figure, on the other hand, are more adversely affected.

The trial judge, Klebuc J., accepted the evidence of H.L. and the experts. He found that the sexual assaults committed by Mr. Starr caused H.L. to suffer enormous humiliation, self-blame and loss of self-worth, to lose interest in his education, in part due to his inability to concentrate, and to develop alcoholism.

Klebuc J. recognized that H.L. had a dysfunctional home life. He found, however, that no divisible injury could be attributed to it; nor was it a "necessary cause" of H.L.'s injuries. There was no evidence that H.L. suffered from a "crumbling skull", or pre-existing condition that would have led to his losses regardless of the sexual battery (see *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at paras. 34-36). Rather, if H.L. was particularly vulnerable, this amounted to a "thin skull", within the meaning of *Athey*, exonerating neither Canada nor Mr. Starr from their liability for the consequences.

H.L. was unable to retain meaningful employment between 1978 and 1987 (the "first period"). During that time, he drank heavily and was incarcerated frequently. He relied on social assistance to meet his needs. Between 1988 and 2000 (the "second period"), he worked sporadically.

H.L. testified that his inability to maintain steady employment was attributable to his abuse of alcohol, manifested by extensive and recurring periods of indulgence.

The impact of the sexual assaults on H.L.'s ability to maintain steady employment was addressed as well by the experts. Dr. Arnold, for example,

aux personnes que j'ai vues en thérapie, la victime d'abus sexuels a énormément de difficulté à se concentrer . . .

26 M. Stewart a expliqué que certains enfants « résilients » bénéficiant de liens familiaux étroits et ayant la possibilité de dévoiler l'abus en toute confiance peuvent se « délester » de l'abus sexuel. Par contre, l'enfant abusé sexuellement par une personne en situation d'autorité en qui il avait confiance est plus gravement atteint.

27 En première instance, le juge Klebuc a ajouté foi aux témoignages de H.L. et des experts. Il a conclu que les agressions sexuelles commises par M. Starr avaient amené H.L. à ressentir une grande humiliation, à s'en prendre à lui-même, à perdre son estime de soi, à se désintéresser de ses études, en partie à cause de son incapacité à se concentrer, et à sombrer dans l'alcool.

28 Le juge Klebuc a reconnu que H.L. avait grandi au sein d'une famille dysfonctionnelle. Il a cependant conclu qu'aucune partie du préjudice ne pouvait être imputée séparément à ce fait, qui ne constituait pas non plus une « cause nécessaire » du préjudice subi. Rien ne prouvait que H.L. souffrait d'une vulnérabilité déjà « active » ou d'un état préexistant qui aurait causé le préjudice indépendamment de l'agression sexuelle (voir *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 34-36). En fait, si H.L. était particulièrement vulnérable, il s'agissait d'une vulnérabilité « latente », au sens de l'arrêt *Athey*, ne soustrayant ni l'État ni M. Starr à leur responsabilité pour les conséquences subies.

29 Entre 1978 et 1987 (la « première période »), H.L. n'a pu conserver un emploi convenable. Il buvait beaucoup et se retrouvait souvent derrière les barreaux. Il avait recours à l'aide sociale pour subvenir à ses besoins. De 1988 à 2000 (la « seconde période »), il a travaillé sporadiquement.

30 H.L. a témoigné qu'il n'avait pu conserver un emploi à cause de sa consommation excessive d'alcool, qui se manifestait par de longues et nombreuses cuites.

31 Les experts se sont aussi prononcés sur l'incidence des abus sexuels sur la capacité de H.L. de conserver un emploi. Le D^r^ Arnold, par exemple,

testified to the "chain of events" set into motion by the sexual abuse perpetrated by Mr. Starr. He stated that this "triggering event" led to alcohol and school problems, a loss of confidence in the school system, and a diminished "work ethic", which Dr. Arnold defined as H.L.'s "ability to hold work and be able to regularly show up and those kinds of things". Dr. Arnold explained that sexual abuse by an authority figure, both generally and in H.L.'s specific circumstances, could lead to distrust of authority figures, including teachers, police, employers, judges, doctors, and medical care workers.

a fait état de la « suite d'événements » qui avait suivi l'agression. Il a déclaré que cet « événement déclencheur » avait mené à l'alcool et aux problèmes à l'école, à la perte de confiance dans le système scolaire et à l'affaiblissement de la « morale du travail », qu'il a définie comme la [TRADUCTION] « capacité à conserver un emploi et à se présenter régulièrement au travail, et ce genre de chose ». Le D^r^ Arnold a expliqué que l'abus sexuel perpétré par une personne en situation d'autorité, tant en général que dans la situation particulière de H.L., pouvait entraîner une perte de confiance dans les figures d'autorité, notamment les professeurs, les policiers, les employeurs, les juges, les médecins et le personnel soignant.

32 Similarly, Mr. Stewart testified that the sexual abuse would cause H.L. to have negative self-esteem, a poor self-image and a lack of confidence. These personality traits, he added, detrimentally affect one's ability to secure and maintain employment.

Dans la même veine, M. Stewart a témoigné que l'abus sexuel entraîne une perte d'estime de soi, une image de soi négative et un manque de confiance en soi qui nuisent à la capacité de trouver et de conserver un emploi.

33 The evidence given by H.L. and the experts satisfied Klebuc J. that H.L.'s poor employment record during the "first period" was attributable to his alcoholism, emotional difficulties, and criminality, which were in turn attributable to the sexual abuse perpetrated by Mr. Starr. He found as well that H.L.'s sporadic work record during the "second period" was consistent with the emotional difficulties described by the experts in their psychological assessments.

Les témoignages de H.L. et des experts ont convaincu le juge Klebuc que si H.L. avait peu travaillé pendant la « première période » c'était à cause de son alcoolisme, de ses difficultés émotionnelles et de sa criminalité, qui eux étaient attribuables aux abus sexuels commis par M. Starr. Il a également conclu que les emplois occupés sporadiquement par H.L. pendant la « seconde période » s'inscrivaient dans la suite logique des difficultés émotionnelles décrites par les experts dans leurs évaluations psychologiques.

34 In the result, Klebuc J. maintained H.L.'s action against Mr. Starr and the Government of Canada. He found that the criteria for the imposition of vicarious liability on Canada had been met, and awarded H.L. a total of $80,000 in non-pecuniary damages, $296,527.09 in pecuniary damages and $30,665 in estimated pre-judgment interest.

Le juge Klebuc a donc accueilli l'action de H.L. contre M. Starr et le gouvernement du Canada. Il a jugé réunies les conditions auxquelles l'État pouvait être tenu responsable du fait d'autrui. Il a accordé 80 000 $ au total à titre de dommages-intérêts non pécuniaires, 296 527,09 $ à titre de dommages-intérêts pécuniaires et 30 665 $ à titre d'intérêt avant jugement.

35 The non-pecuniary damages included $60,000 for the losses and injuries, including emotional distress, that H.L. had suffered — and would continue to suffer — as a consequence of Mr. Starr's abuse, and aggravated damages of $20,000.

Les dommages-intérêts non pécuniaires se composaient de 60 000 $ pour les pertes et le préjudice, y compris la détresse émotionnelle, que H.L. avait subis — et qu'il continuerait de subir — à cause des actes répréhensibles de M. Starr, ainsi que de dommages-intérêts majorés de 20 000 $.

The pecuniary damages were determined as follows. Klebuc J. was satisfied that the appellant would have been able and willing to work, but for his emotional difficulties and resulting dependence on alcohol. Relying on Statistics Canada data submitted on consent, Klebuc J. estimated that H.L. would have worked as a construction or agricultural labourer 25 weeks annually, during the "first period" (1978-87), earning a total of $27,150.

Klebuc J. found that H.L. would have maintained full-time employment in automotive repair during the "second period" (1988-2000). Relying here again on Statistics Canada data, he applied the median rate of $330 per week for all persons engaged in the repair and overhaul of motor vehicles. He discounted this amount by a 20 percent contingency factor to reflect H.L.'s vulnerability to job loss due to his limited education and cut off this branch of the award at the date of a back injury suffered by H.L. After deducting the income actually earned by H.L., Klebuc J. estimated a residual loss in earnings of $90,187.09 for the period.

Klebuc J. then considered H.L.'s claim for loss of future earnings and, in the absence of specific evidence in this regard, relied inferentially on the evidence relating to H.L.'s past earning capacity. He estimated H.L.'s future income, but for Mr. Starr's misconduct, at no less than $17,160 annually, and deducted H.L.'s average earnings in the past to arrive at an annual income loss of $12,533 for the remainder of H.L.'s projected working life.

IV. The Court of Appeal

The Court of Appeal dismissed Canada's appeal as it related to vicarious liability and to the $80,000 award for non-pecuniary damages, but allowed the appeal in relation to the pecuniary damages and pre-judgment interest. H.L.'s cross-appeal was dismissed except as it related to $6,500 in damages for future care: (2002), 227 Sask. R. 165, 2002 SKCA 131.

Writing for the court, Cameron J.A. noted that the appeal and cross-appeal were based on s. 7(2)(a)

36 Voici comment le montant des dommages-intérêts pécuniaires a été arrêté. Le juge Klebuc s'est dit convaincu que l'appelant aurait été en mesure et désireux de travailler n'eût été ses difficultés émotionnelles et la dépendance à l'alcool qui en résultait. Se fondant sur des données de Statistique Canada produites sur consentement, il a supposé que H.L. aurait été ouvrier de ferme ou du bâtiment 25 semaines par année et aurait gagné au total 27 150 $ au cours de la « première période » (1978 à 1987).

37 Le juge Klebuc a conclu que, pendant la deuxième période (1988 à 2000), H.L. aurait occupé un emploi à temps plein dans le domaine de la réparation d'automobiles. Dans les données de Statistique Canada, le salaire hebdomadaire moyen d'une personne travaillant dans le domaine de la réparation et de la révision de véhicules moteur était de 330 $. Il a retranché 20 p. 100 pour tenir compte du risque de perte d'emploi imputable au faible niveau d'instruction de H.L. et il a arrêté le calcul le jour où ce dernier s'était blessé au dos. Après avoir soustrait le revenu effectivement gagné par H.L., il a estimé à 90 187,09 $ la perte de revenus pendant la période.

38 Le juge Klebuc s'est ensuite penché sur la perte de revenus ultérieure alléguée et, vu l'absence d'éléments de preuve précis à cet égard, il s'est fondé, par inférence, sur la preuve relative à la capacité de gain antérieure de H.L. Il a estimé que n'eût été les actes répréhensibles de M. Starr, H.L. aurait gagné pas moins de 17 160 $ par année. Après avoir soustrait le revenu moyen antérieur de H.L., il est arrivé à une perte de revenus annuelle de 12 533 $ pour le reste de la vie active projetée.

IV. La Cour d'appel

39 La Cour d'appel a rejeté l'appel du procureur général du Canada quant à la responsabilité du fait d'autrui et aux dommages-intérêts non pécuniaires de 80 000 $, mais elle l'a accueilli relativement aux dommages-intérêts pécuniaires et à l'intérêt avant jugement. Elle a rejeté l'appel incident de H.L., sauf quant à l'indemnité de 6 500 $ pour soins futurs : (2002), 227 Sask. R. 165, 2002 SKCA 131.

40 Se prononçant au nom de la Cour d'appel, le juge Cameron a signalé que l'appel et l'appel incident

and s. 13 of the *2000 Act*. In his view, these provisions embody a legislative choice for an unlimited right of appeal, embracing every component of the decision at trial that engages s. 13 of the *2000 Act*.

41 Cameron J.A. accepted the binding authority of *Lensen*, which was based on s. 8 of *The Court of Appeal Act*, R.S.S. 1978, c. C-42 ("*1978 Act*"). Cameron J.A. acknowledged that s. 14 of the *2000 Act*, which replaced s. 8, differed in syntax but not in substance from its predecessor. He noted that *Lensen* had been applied by the Saskatchewan Court of Appeal on innumerable occasions to limit the broad power of appellate review under s. 14 and its predecessor on issues of credibility. A trial judge's assessment of credibility, he said, cannot be interfered with on appeal in the absence of palpable and overriding error.

42 Cameron J.A. was of the opinion, however, that no such limit governs inferences of fact and questions of mixed fact and law. This, he said, was the traditional view adopted by the Saskatchewan Court of Appeal, as evidenced by *Markling v. Ewaniuk*, [1968] S.C.R. 776, applied in *Kosinski v. Snaith* (1983), 25 Sask. R. 73 (C.A.).

43 Cameron J.A. acknowledged that a set of uniform national standards governing appellate review has evolved in Canada for inferences of fact and questions of mixed fact and law, but considered that *Housen* had extended the measure of appellate deference traditionally associated with findings of credibility to other components of the decision at trial. In his view, this trend toward increased deference required reconsideration, especially for Saskatchewan, where the right of appeal and the powers of the court to act on that right are set out in the *2000 Act*.

44 Cameron J.A. regretted that the general standard of appellate review had shifted from appeal by way of rehearing, which he viewed as traditional in Saskatchewan, to the more deferential standard of review for error.

étaient fondés sur l'al. 7(2)a) et l'art. 13 de la *Loi de 2000*. Selon lui, ces dispositions traduisaient la volonté du législateur d'accorder un droit d'appel non restreint à l'égard de chacun des éléments de la décision de première instance faisant jouer l'art. 13 de la *Loi de 2000*.

Le juge Cameron a reconnu être lié par l'arrêt *Lensen* rendu sur le fondement de l'art. 8 de la *Court of Appeal Act*, R.S.S. 1978, ch. C-42 (« *Loi de 1978* »). Il a convenu que l'art. 14 de la *Loi de 2000*, qui a remplacé l'art. 8, était différent sur le plan de la syntaxe, mais non sur le fond. Il a signalé que la Cour d'appel de la Saskatchewan avait appliqué l'arrêt *Lensen* à d'innombrables occasions pour limiter, en matière de crédibilité, le vaste pouvoir de révision en appel que conféraient l'art. 14 et la disposition qu'il avait remplacée. Il a ajouté que l'appréciation de la crédibilité par un juge de première instance ne pouvait être modifiée en appel à défaut d'une erreur manifeste et dominante.

Le juge Cameron a cependant estimé que pareille restriction ne s'appliquait ni aux inférences de fait ni aux questions mixtes de fait et de droit. Tel était le point de vue adopté jusqu'alors par la Cour d'appel de la Saskatchewan, comme l'atteste l'application de l'arrêt *Markling c. Ewaniuk*, [1968] R.C.S. 776, dans *Kosinski c. Snaith* (1983), 25 Sask. R. 73 (C.A.).

Le juge Cameron a reconnu qu'un ensemble de normes nationales uniformes s'était constitué au Canada à l'égard de la révision en appel des inférences de fait et des questions mixtes de fait et de droit. Il a toutefois estimé que l'arrêt *Housen* avait étendu la déférence dont faisaient traditionnellement l'objet en appel les conclusions relatives à la crédibilité aux autres éléments de la décision de première instance. Selon lui, il y avait lieu de reconsidérer cette tendance à une déférence accrue, surtout en Saskatchewan où la *Loi de 2000* définissait le droit d'appel et les pouvoirs de la Cour d'appel.

Le juge Cameron a dit regretter que l'on soit passé de l'appel par voie de nouvelle audition, qu'il jugeait traditionnel en Saskatchewan, à l'appel par voie de contrôle d'erreur, qui commande une plus grande déférence.

Cameron J.A. suggested that *Housen* underscores the divide between the current standards of judicially limited appellate review and the broad appellate power granted by the Saskatchewan legislature.

On the merits of the appeal, Cameron J.A. concluded that the award for pecuniary damages lacked an evidentiary foundation and therefore could not stand. He found the following errors in the trial judge's awards of $117,337.09 for loss of past earning capacity and $179,190 for loss of future earning capacity:

1. The trial judge erred in failing to consider the plaintiff's duty to mitigate.

2. The trial judge did not take into account the extent to which the defendant Mr. Starr's wrongful acts contributed to the loss of earnings. He ought to have had regard for the possibility that H.L. would have been unable to cope with his alcohol-related problems irrespective of the sexual assault by Mr. Starr.

3. The trial judge awarded H.L. damages for loss of earning capacity while H.L. was incarcerated. In this regard, Cameron J.A. found that the trial judge had erred in attributing the plaintiff's criminal behaviour to the wrongdoing of Mr. Starr.

4. The trial judge did not address the issue of whether the social assistance benefits received by H.L. constituted offsetting collateral benefits.

Acting on its own view of the evidence, the Court of Appeal held that H.L. had not established that he was wholly or largely unable to work because of the sexual abuse by Mr. Starr. In its view, the evidence simply proved that H.L. did not work during the first period (1978 to 1987) and worked only sporadically during the second period (1988 to 2000). An inference that Mr. Starr's abuse caused H.L.'s reduced earning capacity would require more convincing evidence than was adduced in this case. The court

Il a fait observer que l'arrêt *Housen* mettait en évidence l'écart entre les normes de révision actuellement applicables en appel donnant lieu à un pouvoir de contrôle judiciairement limité et le vaste pouvoir conféré par la législature de la Saskatchewan. 45

Sur le fond, le juge Cameron a conclu que l'octroi de dommages-intérêts pécuniaires n'était fondé sur aucun élément de preuve et ne pouvait donc pas être maintenu. Voici les erreurs qu'il a relevées dans la décision du juge de première instance d'accorder la somme de 117 337,09 $ pour la perte de capacité de gain antérieure et de 179 190 $ pour la perte de capacité de gain ultérieure : 46

1. Le juge de première instance a omis à tort de prendre en considération l'obligation du demandeur de limiter le préjudice.

2. Il n'a pas tenu compte de la mesure dans laquelle les actes fautifs du défendeur, M. Starr, avaient contribué à la perte de revenus. Il aurait dû considérer la possibilité que H.L. n'ait pas réussi à surmonter ses problèmes d'alcool indépendamment de l'agression sexuelle perpétrée par M. Starr.

3. Il a accordé des dommages-intérêts pour la perte de capacité de gain pendant l'incarcération de H.L. À cet égard, le juge Cameron a conclu qu'il avait eu tort d'attribuer le comportement criminel du demandeur aux actes répréhensibles de M. Starr.

4. Il ne s'est pas demandé si les prestations d'aide sociale touchées par H.L. constituaient des prestations parallèles déductibles.

S'appuyant sur sa propre appréciation de la preuve, la Cour d'appel a conclu que H.L. n'avait pas établi que les abus sexuels l'avaient rendu totalement ou en grande partie incapable de travailler. À son avis, la preuve établissait simplement que H.L. n'avait pas travaillé pendant la première période (1978 à 1987) et n'avait travaillé que sporadiquement pendant la seconde (1988 à 2000). Une inférence selon laquelle la capacité de gain réduite était imputable à l'agression devait, selon elle, s'appuyer sur une preuve plus 47

found that H.L.'s sporadic work record was, in itself, as consistent with choice as with disability.

48 Finally, the court recalled that expert witnesses can provide opinion evidence only on matters within their recognized field of expertise. Beyond that, their opinion evidence is inadmissible and, if admitted, entitled to no weight. According to the Court of Appeal, the two expert witnesses in this case were allowed to "roam at large" and to express opinions that they were not qualified to give.

49 The Court of Appeal thus set aside the award of pecuniary damages on the ground that, on its assessment, the evidence fell short of proving the loss.

50 H.L. now appeals to this Court from the decision of the Court of Appeal.

V. Discussion

51 The appeal raises two main issues:

1. What is the correct standard of review by provincial appellate courts on questions of fact, and is that standard different for the Court of Appeal for Saskatchewan?

2. Did the Saskatchewan Court of Appeal misapply the governing standard to the trial judge's findings of fact in this case?

A. *The Applicable Standard of Review: Introduction*

52 Fact finding in the litigation context involves a series of cerebral operations, some simple, others complex, some sequential, others simultaneous. The entire process is generally reserved in Canada to courts of first instance. In the absence of a clear statutory mandate to the contrary, appellate courts do not "rehear" or "retry" cases. They review for error.

53 The standard of review for error has been variously described. In recent years, the phrase "palpable and overriding error" resonates throughout the

convaincante que celle offerte en l'espèce. Elle a conclu que si H.L. avait travaillé sporadiquement, ce pouvait être tant par choix qu'à cause d'une incapacité.

Enfin, la Cour d'appel a rappelé qu'un témoin expert ne pouvait donner son opinion que sur des sujets relevant de son domaine d'expertise. Son opinion était par ailleurs inadmissible et, si elle était admise, elle n'a aucune valeur. Dans la présente affaire, les deux témoins experts avaient pu [TRADUCTION] « s'écarter du sujet » et exprimer des opinions qui outrepassaient leur compétence.

La Cour d'appel a donc annulé les dommages-intérêts pécuniaires au motif que, suivant son évaluation, la perte n'était pas étayée par la preuve.

H.L. en appelle aujourd'hui devant notre Cour de la décision de la Cour d'appel.

V. Analyse

Le pourvoi soulève deux questions principales :

1. Quelle norme de révision une cour d'appel provinciale doit-elle appliquer à l'égard d'une question de fait, et cette norme est-elle différente pour la Cour d'appel de la Saskatchewan?

2. La Cour d'appel de la Saskatchewan a-t-elle mal appliqué la norme appropriée aux conclusions de fait tirées en l'espèce par le juge de première instance?

A. *La norme de révision applicable : Introduction*

L'appréciation des faits dans le contexte d'un litige suppose une série d'opérations mentales qui peuvent être simples ou complexes, successives ou simultanées. Au Canada, elle est généralement du seul ressort des tribunaux de première instance. À moins que le législateur ne lui confère clairement le pouvoir de le faire, une cour d'appel ne « réentend » pas une affaire ni ne l'« instruit à nouveau ». Elle vérifie si la décision est exempte d'erreur.

Le contrôle d'erreur a été décrit de différentes façons. Ces dernières années, l'expression « erreur manifeste et dominante » trouve un écho dans toute

cases. Its application to all findings of fact — findings as to "what happened" — has been universally recognized; its applicability has not been made to depend on whether the trial judge's disputed determination relates to credibility, to "primary" facts, to "inferred" facts or to global assessments of the evidence.

Nor has the standard been said to vary according to whether we are concerned with what Hohfeld long ago described as "evidential" or "constitutive" facts (see W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays* (1923), at p. 32). Nor, put differently, has the standard been said to vary according to whether our concern is with direct proof of a fact in issue, or indirect proof of facts from which a fact in issue has been inferred.

"Palpable and overriding error" is at once an elegant and expressive description of the entrenched and generally applicable standard of appellate review of the findings of fact at trial. But it should not be thought to displace alternative formulations of the governing standard. In *Housen*, for example, the majority (at para. 22) and the minority (at para. 103) agreed that inferences of fact at trial may be set aside on appeal if they are "clearly wrong". Both expressions encapsulate the same principle: an appellate court will not interfere with the trial judge's findings of fact unless it can plainly identify the imputed error, and that error is shown to have affected the result.

In my respectful view, the test is met as well where the trial judge's findings of fact can properly be characterized as "unreasonable" or "unsupported by the evidence". In *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, McLachlin J. (as she then was) explained why courts of appeal must show particular deference to trial courts on issues of credibility. At the same time, however, she noted (at pp. 131-32) that

la jurisprudence. L'application de cette norme à toutes les conclusions de fait — celles portant sur « ce qui s'est passé » — est universellement reconnue; elle n'est pas subordonnée à ce que la décision contestée du juge de première instance touche à la crédibilité, à des faits prouvés directement, à des faits « inférés » ou à l'appréciation globale de la preuve.

54 Nul n'a prétendu non plus que la norme variait selon que l'on se trouve ou non en présence de faits que Hohfeld a qualifiés, il y a longtemps, de « probatoires » ou de « constitutifs » (voir W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays* (1923), p. 32). L'on n'a pas dit non plus, en d'autres termes, que la norme variait selon que l'on avait affaire ou non à la preuve directe d'un fait en litige ou à la preuve indirecte de faits à partir desquels un fait en litige a été inféré.

55 L'expression « erreur manifeste et dominante » décrit de manière à la fois élégante et colorée la norme bien établie et généralement applicable en appel à l'égard d'une conclusion de fait tirée lors du procès. Elle ne supplante cependant pas les autres formulations de la norme applicable. Par exemple, dans l'arrêt *Housen*, les juges majoritaires (au par. 22) et les juges minoritaires (au par. 103) ont convenu que les inférences de fait « manifestement erronée[s] » tirées au procès pouvaient être annulées en appel. Les deux expressions consacrent le même principe : une cour d'appel modifiera les conclusions de fait du juge de première instance seulement si elle peut relever clairement l'erreur alléguée et s'il est établi que cette erreur a joué dans la décision.

56 À mon humble avis, le critère est également rempli lorsque les conclusions de fait du juge de première instance peuvent véritablement être qualifiées de « déraisonnables » ou de « non étayées par la preuve ». Dans l'arrêt *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a expliqué pourquoi, en matière de crédibilité, une cour d'appel doit faire preuve d'une déférence particulière envers un tribunal de première instance. Elle a toutefois fait observer (aux p. 131-132) que

it remains open to an appellate court to overturn a verdict based on findings of credibility where, after considering all the evidence and having due regard to the advantages afforded to the trial judge, it concludes that the verdict is unreasonable.

The statutory framework in criminal matters is, of course, different in certain respects. But as a matter of principle, it seems to me that unreasonable findings of fact — relating to credibility, to primary or inferred "evidential" facts, or to facts in issue — are reviewable on appeal because they are "palpably" or "clearly" wrong. The same is true of findings that are unsupported by the evidence. I need hardly repeat, however, that appellate intervention will only be warranted where the court can explain why or in what respect the impugned finding is unreasonable or unsupported by the evidence. And the reviewing court must of course be persuaded that the impugned factual finding is likely to have affected the result.

57 I find it helpful, in concluding on this point, to reproduce Professor Zuckerman's summary of the governing principles in England:

> As a general principle, an appeal court must not interfere with findings of fact made by the lower court for the simple reason that the judge who saw and heard the witnesses is better placed to assess their reliability and draw inferences from their testimony. An appeal court will interfere only if it concludes that no reasonable court could have reached such conclusions, or if the lower court failed to take crucial factors into consideration. . . .
>
> . . .
>
> . . . It follows that, if the appeal court cannot conclude that the lower court's inference from the primary facts was wrong, in the sense that it fell outside the range of inferences that a reasonable court could make, the appeal court should allow the lower court's decision to stand. The nature of the appellate evaluation of the lower court's decision will vary in accordance with the type of judgment that the lower court was called upon to make. But whatever the nature of the issues and however wide or narrow is the room for disagreement, the test remains the same: was the lower court's decision wrong. . . .
>
> A decision will be wrong if it was founded on an incorrect interpretation of statute, or if it wrongly applied

la cour d'appel conserve le pouvoir d'écarter un verdict fondé sur des conclusions relatives à la crédibilité dans les cas où, après avoir étudié l'ensemble de la preuve et tenu compte des avantages du juge de première instance, elle conclut que le verdict est déraisonnable.

Évidemment, en matière criminelle, le cadre législatif diffère à certains égards. Mais, en principe, il semble que les conclusions de fait déraisonnables — touchant à la crédibilité, à des faits « probatoires » prouvés directement ou inférés ou à des faits en litige — peuvent être modifiées en appel parce qu'elles sont « manifestement » ou « clairement » erronées. Il en va de même des conclusions non étayées par la preuve. Toutefois, faut-il le répéter, l'intervention en appel ne sera justifiée que si la cour d'appel peut préciser pour quel motif ou en quoi la conclusion de fait contestée est déraisonnable ou non étayée par la preuve. Et le tribunal de révision doit évidemment être convaincu que cette conclusion a vraisemblablement joué dans la décision.

Pour conclure sur le sujet, voici comment le professeur Zuckerman résume les principes applicables en Angleterre :

> [TRADUCTION] En principe, une cour d'appel ne doit pas modifier les conclusions de fait du tribunal inférieur pour la simple raison que le juge qui a vu et entendu les témoins est mieux placé pour apprécier la fiabilité de leur témoignage et en tirer des inférences. Une cour d'appel n'interviendra que si elle estime qu'aucun tribunal raisonnable n'aurait pu arriver à de telles conclusions, ou que le tribunal inférieur n'a pas tenu compte de facteurs cruciaux. . .
>
> . . .
>
> . . . Partant, si la cour d'appel n'est pas en mesure de conclure que l'inférence tirée par le tribunal inférieur à partir des faits prouvés directement était erronée, en ce sens qu'elle ne figurait pas parmi les inférences qu'un tribunal raisonnable pouvait tirer, la décision du tribunal inférieur doit être maintenue. La nature de l'appréciation de la décision du tribunal inférieur varie selon le type de jugement que celui-ci était appelé à rendre. Mais quelle que soit la nature des questions en litige, et peu importe qu'il y ait peu ou amplement matière à désaccord, le critère demeure le même : la décision du tribunal inférieur était-elle erronée? . . .
>
> Une décision est erronée si elle est fondée sur une interprétation incorrecte d'une loi, sur l'application

a legal principle, or if it was based on a plainly erroneous factual conclusion. . . . Put another way, as long as the lower court's conclusions represent a reasonable inference from the facts, the appeal court must not interfere with its decision.

(A. A. S. Zuckerman, *Civil Procedure* (2003), at pp. 765-68)

Moreover, procedural changes governing civil appeals in England that took effect in May of 2000 do not appear from subsequent decisions of the Court of Appeal to have altered substantially the previous approach to appellate review:

When the Court of Appeal heard appeals on questions of fact [under the old procedure] the court was essentially conducting a review of the findings made by the judge below . . . . Our task [under the new regime] is essentially no different from what it was — we consider the judgment testing it against the evidence available to the judge and we ask, as we used to ask, whether it was wrong.

(*Assicurazioni Generali SpA v. Arab Insurance Group*, [2003] 1 W.L.R. 577 (C.A.), *per* Ward L.J., at para. 195)

In determining whether or not the judgment appealed from was so "wrong", whether under the new or the old regime,

the appeal court conducting a review of the trial judge's decision will not conclude that the decision was wrong simply because it is not the decision the appeal judge would have made had he or she been called upon to make it in the court below. Something more is required than personal unease and something less than perversity has to be established. The best formulation for the ground in between where a range of adverbs may be used — "clearly", "plainly", "blatantly", "palpably" wrong, is . . . whether that finding by the trial judge exceeded the generous ambit within which reasonable disagreement about the conclusion to be drawn from the evidence is possible.

(*Assicurazioni*, *per* Ward L.J., at para. 197)

For present purposes, I find it unnecessary to consider in detail how the standard of appellate review has been applied in England either before or since the reforms that took effect in May of 2000. I am content with two observations.

erronée d'un principe juridique ou sur une conclusion factuelle clairement erronée. [. . .] Autrement dit, tant que les conclusions du tribunal inférieur constituent une inférence raisonnable tirée des faits, la cour d'appel ne doit pas modifier la décision.

(A. A. S. Zuckerman, *Civil Procedure* (2003), p. 765-768)

58 De plus, entrées en vigueur en mai 2000, les modifications apportées à la procédure applicable à l'appel civil en Angleterre ne semblent pas, au vu des décisions rendues depuis par la Cour d'appel, avoir modifié sensiblement la conception antérieure de l'appel :

[TRADUCTION] Lorsque [suivant l'ancienne procédure] la Cour d'appel entendait un appel portant sur une question de fait, elle se livrait essentiellement au contrôle des conclusions du juge de première instance [. . .] Notre rôle [sous le nouveau régime] demeure essentiellement le même — nous examinons le jugement au regard de la preuve présentée au juge et nous nous demandons, tout comme avant, s'il était erroné.

(*Assicurazioni Generali SpA c. Arab Insurance Group*, [2003] 1 W.L.R. 577 (C.A.), le lord juge Ward, par. 195)

Pour déterminer si le jugement porté en appel était « erroné », tant sous le nouveau régime que sous l'ancien,

[TRADUCTION] la cour d'appel ne doit pas conclure que le jugement de première instance est erroné simplement parce qu'il diffère de celui qu'elle aurait rendu. Il faut davantage qu'une réticence personnelle et moins qu'une iniquité. Situé entre les deux, le critère applicable est celui de la conclusion « clairement », « simplement », « nettement » ou « manifestement » erronée. Il faut donc se demander si la conclusion tirée de la preuve par le juge de première instance s'inscrit ou non dans le cadre, très large, à l'intérieur duquel elle peut raisonnablement faire l'objet d'un désaccord.

(*Assicurazioni*, le lord juge Ward, par. 197)

59 Pour les besoins du présent pourvoi, je juge inutile d'examiner en détail la manière dont la norme de révision en appel a été appliquée en Angleterre avant ou depuis les modifications entrées en vigueur en mai 2000. Je ne formulerai que deux remarques.

60 First, the passages I have quoted describe the standard of appellate review in England in terms that are fully compatible with both the majority and the minority reasons in *Housen*.

61 Second, on any view of the matter, English precedent provides no support for reading into Saskatchewan legislation, past or present, an appellate jurisdiction to "rehear" — in any sense of that term — determinations of fact made at trial. The English *Rules of the Supreme Court, 1883* expressly provided that "[a]ll appeals to the Court of Appeal shall be by way of rehearing." The governing statutes in Saskatchewan have never included equivalent or similar language.

B. *Housen v. Nikolaisen*

62 The rules governing appellate intervention in Canada on matters of fact have been set out and reaffirmed in an unbroken line of cases over nearly three decades: *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Lensen*; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; and *Housen*.

63 *Housen*, like the present case, was an appeal from Saskatchewan where the Court of Appeal had reversed the trial judge. At issue was the trial judge's finding that a regional municipality was liable for a portion of the damages caused to the plaintiff in a traffic accident on a rural road. The Court was divided as to the standard of review applicable to the trial judge's findings of negligence (a finding of mixed law and fact) and causation (a finding of fact). In this case, we are concerned only with the standard of review on findings of fact.

Premièrement, les extraits précités décrivent la norme anglaise en des termes parfaitement compatibles avec les motifs des juges majoritaires et ceux des juges minoritaires dans *Housen*.

Deuxièmement, quel que soit l'angle sous lequel on l'aborde, la jurisprudence anglaise ne permet aucunement d'interpréter les dispositions pertinentes de la Saskatchewan, actuellement ou anciennement en vigueur, comme conférant à la Cour d'appel le pouvoir de « réentendre » — quel que soit le sens donné à ce terme — une décision rendue en première instance relativement aux faits. Les *Rules of the Supreme Court, 1883* d'Angleterre disposaient expressément que [TRADUCTION] « [t]out appel interjeté devant la Cour d'appel était instruit par voie de nouvelle audition. » Les dispositions législatives pertinentes de la province n'ont jamais eu un libellé équivalent ou semblable.

B. *Housen c. Nikolaisen*

Les règles régissant au Canada la modification en appel d'une conclusion de fait font l'objet d'une jurisprudence constante depuis près de trois décennies : *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Lensen*; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Housen*.

Dans *Housen*, comme en l'espèce, le pourvoi provenait de la Saskatchewan, et la Cour d'appel avait infirmé la décision de première instance. Le litige portait sur la conclusion du juge de première instance selon laquelle la municipalité régionale était en partie responsable du préjudice subi par le demandeur lors d'un accident automobile sur une route rurale. Notre Cour était divisée quant à la norme de révision applicable aux conclusions relatives à la négligence (question mixte de fait et de droit) et à la causalité (question de fait). En l'espèce, seule nous intéresse la norme de révision applicable à une question de fait.

All nine justices agreed in *Housen* that an appellate court ought never to retry a case. They agreed as well that deference is owed to all findings of fact made by the trial judge, whether those findings are based on direct evidence or on inferences drawn from facts proved directly.

Speaking for the majority, Iacobucci and Major JJ. stated, for example, that "to apply a lower standard of review to inferences of fact would be to depart from established jurisprudence of this Court, and would be contrary to the principles supporting a deferential stance to matters of fact" (para. 19). Likewise, speaking for the minority, Bastarache J. agreed that "the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact" (para. 103 (emphasis added)).

It was in the application of this shared view as to the governing principle that the Court divided.

Speaking for the majority, Iacobucci and Major JJ. held that all findings of fact, whether based on direct or circumstantial evidence, are only reviewable on a standard of palpable and overriding error. In their view, a panoply of policy reasons command appellate deference. These include the need to limit the cost of litigation and to promote the autonomy of trial proceedings, two reasons that are unrelated to the superior vantage point of the trial judge in hearing *viva voce* evidence.

Bastarache J. did not dilute, still less abandon, the principle of deference with respect to findings of fact based on inferences. In his view, however, an inference was reviewable if it was not "reasonably . . . supported by the findings of fact that the trial judge reached":

> While the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact, it is nonetheless important to draw an analytical distinction between the two. If the reviewing court were to review only for errors of fact, then the decision of the trial judge would necessarily be upheld in every case where evidence existed to support his or her factual findings. In my view, this Court is

64 Les neuf juges ont convenu qu'une cour d'appel ne doit jamais instruire l'affaire à nouveau. Ils ont également reconnu que la déférence s'impose à l'égard de toutes les conclusions de fait du juge de première instance, qu'elles s'appuient sur une preuve directe ou sur des inférences tirées de faits établis directement.

65 Au nom des juges majoritaires, les juges Iacobucci et Major ont affirmé, par exemple, que « l'application d'une [. . .] norme [moins exigeante] romprait avec la jurisprudence établie de notre Cour en la matière et serait contraire aux principes justifiant le respect d'une attitude empreinte de retenue à l'égard des constatations de fait » (par. 19). De même, s'exprimant au nom des juges minoritaires, le juge Bastarache a reconnu que « la norme de contrôle [était] la même et pour les conclusions de fait et pour les inférences de fait » (par. 103 (je souligne)).

66 C'est la mise en pratique de ce consensus quant au principe applicable qui a divisé notre Cour.

67 Au nom des juges majoritaires, les juges Iacobucci et Major ont conclu que toutes les conclusions de fait, qu'elles s'appuient sur une preuve directe ou circonstancielle, n'étaient susceptibles de révision que selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. À leur avis, un ensemble de raisons de principe commandaient la déférence en appel, dont la nécessité de réduire le coût de l'instance et de favoriser l'autonomie du procès, sans compter l'avantage dont bénéficie le juge de première instance du fait qu'il entend les témoignages de vive voix.

68 Le juge Bastarache n'a pas édulcoré, et encore moins abandonné, le principe de la déférence à l'égard des conclusions de fait fondées sur des inférences. À son avis, cependant, une inférence pouvait être écartée si elle n'était pas « raisonnablement [. . .] étayée par les conclusions de fait tirées par le juge de première instance » :

> Bien que la norme de contrôle soit la même et pour les conclusions de fait et pour les inférences de fait, il importe néanmoins de faire une distinction analytique entre les deux. Si le tribunal de révision ne faisait que vérifier s'il y a des erreurs de fait, la décision du juge de première instance serait alors nécessairement confirmée dans tous les cas où il existe des éléments de preuve

entitled to conclude that inferences made by the trial judge were clearly wrong, just as it is entitled to reach this conclusion in respect to findings of fact. [Emphasis added; para. 103.]

69 As I have already mentioned, there is no meaningful difference between a standard of "clearly wrong" and a standard of "palpable and overriding error". As Iacobucci and Major JJ. noted in *Housen*, at para. 5, the *New Oxford Dictionary of English* (1998) defines "palpable" as "clear to the mind or plain to see" (p. 1337 (emphasis added)). Moreover, no error could lead to a reversal unless it was "overriding" in the sense that it discredits the result.

70 The "palpable and overriding error" standard, apart from its resonance, nevertheless helps to emphasize that one must be able to "put one's finger on" the crucial flaw, fallacy or mistake. In the words of Vancise J.A., "[t]he appellate court must be certain that the trial judge erred and must be able to identify with certainty the critical error" (*Tanel*, at p. 223, dissenting, though not on this issue).

71 And yet, again as indicated earlier, I agree with Bastarache J. that there is no meaningful difference between

> concluding that it was "unreasonable" or "palpably wrong" for a trial judge to draw an inference from the facts as found by him or her and concluding that the inference was not reasonably supported by those facts.
>
> (*Housen*, at para. 104)

72 I have not overlooked that, according to the majority in *Housen*, the test to be applied in reviewing inferences of fact is "not to verify that the inference can be reasonably supported by the findings of fact of the trial judge, but whether the trial judge made a palpable and overriding error in coming to a factual conclusion based on accepted facts" which, in its view, implied a stricter standard (para. 21 (emphasis in original)). The apparent concern of the majority was that, in drawing an analytical

étayant les conclusions de fait de ce dernier. Selon moi, notre Cour a le droit de conclure que les inférences du juge de première instance étaient manifestement erronées, tout comme elle peut le faire à l'égard des conclusions de fait. [Je souligne; par. 103.]

Je le répète, il n'y a pas de différence marquée entre la norme du « manifestement erroné » et celle de l'« erreur manifeste et dominante ». Dans *Housen*, les juges Iacobucci et Major ont fait observer au par. 5 de leurs motifs que le *Trésor de la langue française* (1985), t. 11, définissait comme suit le mot « manifeste » : « . . . Qui est tout à fait évident, qui ne peut être contesté dans sa nature ou son existence. [. . .] *erreur manifeste* » (p. 317 (je souligne)). En outre, seule une erreur « dominante » — qui discrédite la décision rendue — pouvait mener à une infirmation.

Cependant, en plus de sa résonance, l'expression « erreur manifeste et dominante » contribue à faire ressortir la nécessité de pouvoir « montrer du doigt » la faille ou l'erreur fondamentale. Pour reprendre les termes employés par le juge Vancise, [TRADUCTION] « [l]a cour d'appel doit être certaine que le juge de première instance a commis une erreur et elle doit être en mesure de déterminer avec certitude l'erreur fatale » (*Tanel*, p. 223, motifs dissidents, mais pas sur ce point).

Pourtant, je l'ai signalé précédemment, je conviens avec le juge Bastarache qu'il n'y a aucune différence notable entre

> le fait de conclure qu'il était « déraisonnable » ou « manifestement erroné » pour un juge de tirer une inférence des faits qu'il a constatés, et le fait de conclure que cette inférence n'était pas raisonnablement étayée par ces faits.
>
> (*Housen*, par. 104)

Je n'oublie pas que, de l'avis des juges majoritaires dans *Housen*, la révision d'une inférence de fait « ne consiste pas à vérifier si l'inférence peut être raisonnablement étayée par les conclusions de fait du juge de première instance, mais plutôt si ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante en tirant une conclusion factuelle sur la base de faits admis », ce qui, selon eux, suppose l'application d'une norme plus stricte (par. 21 (souligné dans l'original)). Ils craignaient apparemment que, en

distinction between factual findings and factual inferences, the minority position might lead appellate courts to involve themselves in reweighing the evidence (para. 22). As well, the majority stated:

> If there is no palpable and overriding error with respect to the underlying facts that the trial judge relies on to draw the inference, then it is only where the inference-drawing process itself is palpably in error that an appellate court can interfere with the factual conclusion. [Emphasis in original; para. 23.]

These passages from the majority reasons in *Housen* should not be taken to have decided that inferences of fact drawn by a trial judge are impervious to review though unsupported by the evidence. Nor should they be taken to have restricted appellate scrutiny of the judge's inferences to an examination of the primary findings upon which they are founded and the process of reasoning by which they were reached.

I would explain the matter this way. Not infrequently, different inferences may reasonably be drawn from facts found by the trial judge to have been directly proven. Appellate scrutiny determines whether inferences drawn by the judge are "reasonably supported by the evidence". If they are, the reviewing court cannot reweigh the evidence by substituting, for the reasonable inference preferred by the trial judge, an equally — or even more — persuasive inference of its own. This fundamental rule is, once again, entirely consistent with both the majority and the minority reasons in *Housen.*

In short, appellate courts not only may — but must — set aside all palpable and overriding errors of fact shown to have been made at trial. This applies no less to inferences than to findings of "primary" facts, or facts proved by direct evidence.

Courts of appeal across Canada, despite their understandable concern over these passages, have well understood the central message of three decades of jurisprudence in this Court, culminating in *Housen.* They have generally applied the palpable and overriding error standard to all findings of fact made at trial — albeit with varying degrees of enthusiasm.

faisant une distinction analytique entre les conclusions de fait et les inférences factuelles, les juges minoritaires n'incitent les cours d'appel à soupeser à nouveau la preuve (par. 22). Ils ont ajouté :

> Si aucune erreur manifeste et dominante n'est décelée en ce qui concerne les faits sur lesquels repose l'inférence du juge de première instance, ce n'est que lorsque le processus inférentiel lui-même est manifestement erroné que la cour d'appel peut modifier la conclusion factuelle. [Souligné dans l'original; par. 23.]

73 Il ne faut pas conclure de ces passages des motifs majoritaires dans *Housen* que les inférences de fait tirées par le premier juge échappent à la révision même lorsqu'elles ne sont pas étayées par la preuve. Il ne faut pas non plus en déduire que leur révision en appel se limite à un examen des conclusions relatives à des faits prouvés directement sur lesquelles elles sont fondées et du raisonnement à l'issue duquel elles ont été tirées.

74 Je m'explique. Il n'est pas rare que des inférences différentes puissent raisonnablement être tirées des faits que le juge de première instance a tenus pour directement établis. L'examen en appel consiste à déterminer si les inférences du juge sont « raisonnablement étayées par la preuve ». Si elles le sont, le tribunal de révision ne peut soupeser la preuve à nouveau en substituant à l'inférence raisonnable retenue par le juge sa propre inférence tout aussi convaincante, sinon plus. Là encore, cette règle fondamentale est parfaitement compatible avec les motifs majoritaires et ceux de la minorité dans *Housen.*

75 En résumé, non seulement une cour d'appel peut écarter toute erreur de fait manifeste et dominante commise au procès, mais elle doit le faire. Cela vaut pour les inférences comme pour les conclusions relatives à des faits établis par preuve directe.

76 Malgré l'inquiétude compréhensible qu'ont suscité chez elles les passages précités, les cours d'appel du Canada ont bien saisi le principal message qui se dégageait de trois décennies d'arrêts de notre Cour, le dernier en date étant l'arrêt *Housen.* Elles ont généralement appliqué — quoique avec un enthousiasme variable — la norme de l'erreur manifeste et dominante à toutes les conclusions de fait tirées au procès.

C. *The Applicability of Housen in Saskatchewan*

77 We are urged to find on this appeal that the rule governing appellate intervention on matters of fact differs in Saskatchewan from the rest of Canada.

78 *Housen* was an appeal from the Court of Appeal for Saskatchewan, but did not refer to the *2000 Act* or its predecessors. On the strength of this "omission", it is now argued that the Court in *Housen* misapprehended the scope of appellate review in Saskatchewan.

79 This contention rests on three propositions. First, it is suggested that the *2000 Act*, like its predecessors, vests in the Court of Appeal for Saskatchewan a broader jurisdiction than is conferred by corresponding legislation on appellate courts elsewhere in Canada. Second, it is argued that the Court of Appeal for Saskatchewan, at least prior to *Housen*, had consistently interpreted its governing statute as granting a larger scope of review than *Housen* permits. Finally, it is contended that it was the intention of the Saskatchewan legislature in 2000, when it amended *The Court of Appeal Act*, to clarify that appellate review in that province was to proceed by way of rehearing.

80 None of these propositions is firmly rooted in fact or in law. An examination of both the former and present Acts, their legislative history, and their judicial interpretation in this Court and by the Saskatchewan Court of Appeal itself all lead to the same conclusion: appellate review in Saskatchewan has for a long time proceeded, and continues to proceed, on essentially the same basis as appellate review elsewhere in Canada. The appeal is a review for error, and not a review by rehearing.

D. *The Saskatchewan Court of Appeal Act*

81 These are the provisions of the *2000 Act* that set out the powers of the Court of Appeal for Saskatchewan:

12(1) On an appeal, the court may:

C. *L'applicabilité de l'arrêt Housen en Saskatchewan*

On nous exhorte à conclure en l'espèce que l'appel d'une conclusion de fait n'est pas soumis à la même règle en Saskatchewan et ailleurs au Canada.

Dans *Housen*, le pourvoi visait une décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan, mais ne renvoyait ni à la *Loi de 2000* ni aux lois qui l'ont précédée. Faisant fond sur cette « omission », l'on soutient aujourd'hui que notre Cour s'est méprise sur l'étendue du pouvoir de la Cour d'appel dans cette province.

Cette prétention repose sur trois affirmations. Premièrement, la *Loi de 2000*, comme les lois qui l'ont précédée, conférerait à la Cour d'appel de la Saskatchewan un pouvoir plus grand que celui accordé aux autres cours d'appel du Canada par leurs lois constitutives. Deuxièmement, la Cour d'appel de la Saskatchewan, du moins avant l'arrêt *Housen*, aurait toujours considéré que sa loi constitutive lui conférait un pouvoir de révision plus grand que celui défini dans cet arrêt. Enfin, en modifiant la *Court of Appeal Act* en 2000, la législature de la Saskatchewan aurait voulu préciser que, dans cette province, l'appel était instruit par voie de nouvelle audition.

Aucune de ces affirmations n'a d'assise factuelle ou juridique solide. Le libellé de l'ancienne loi et celui de la loi actuelle, l'historique législatif de chacune d'elles et leur interprétation par notre Cour et par la Cour d'appel de la Saskatchewan mènent à la même conclusion : en Saskatchewan, l'appel est instruit depuis longtemps et encore de nos jours suivant les mêmes critères, essentiellement, qu'ailleurs au Canada. Il s'agit donc d'un contrôle d'erreur, et non d'un appel instruit par voie de nouvelle audition.

D. *La Loi sur la Cour d'appel de la Saskatchewan*

Les dispositions suivantes de la *Loi de 2000* établissent les pouvoirs de la Cour d'appel de la Saskatchewan :

12(1) Sur appel, la Cour peut :

(a) allow the appeal in whole or in part;

(b) dismiss the appeal;

(c) order a new trial;

(d) make any decision that could have been made by the court or tribunal appealed from;

(e) impose reasonable terms and conditions in a decision; and

(f) make any additional decision that it considers just.

(2) Where the court sets aside damages assessed by a jury, the court may assess any damages that the jury could have assessed.

13 Where issues of fact have been tried, or damages have been assessed, by a trial judge without a jury, any party is entitled to move against the decision of the trial judge, by motion for a new trial or otherwise:

. . .

(b) on the same grounds, including objections against the sufficiency of the evidence, or the view of the evidence taken by the trial judge, that are allowed in cases of trial or assessment of damages by a jury.

14 On an appeal from, or on a motion against, the decision of a trial judge or on any rehearing, the court is not obliged to grant a new trial or to adopt the view of the evidence taken by the trial judge, but the court shall act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves, and the court may draw inferences of fact and pronounce the decision that, in its judgment, the trial judge ought to have pronounced.

Section 14 is of particular interest on this appeal. Cameron J.A. was of the view that it frees the Court of Appeal from the view of the evidence taken by the trial judge, and entitles it to draw its own inferences of fact.

While s. 14 refers to a "rehearing", it is clear from the context of the Act that this does not confer on the Court of Appeal the power to "rehear" trials. It simply provides that the powers available to the court on an appeal are available on the rehearing of an appeal. The term "rehearing" is

a) accueillir l'appel en tout ou en partie;

b) rejeter l'appel;

c) ordonner la tenue d'un nouveau procès;

d) rendre toute décision qui aurait pu être rendue par la Cour ou le tribunal qui a prononcé la décision frappée d'appel;

e) assortir une décision de modalités et de conditions raisonnables;

f) rendre toute autre décision qu'elle estime juste.

(2) Lorsqu'elle annule des dommages-intérêts adjugés par un jury, la Cour peut évaluer tous dommages-intérêts que le jury aurait pu évaluer.

13 Lorsqu'un juge du procès siégeant sans jury a rendu sa décision sur une question de fait ou évalué les dommages-intérêts, une partie peut attaquer la décision, notamment par voie de motion visant la tenue d'un nouveau procès :

. . .

b) pour les mêmes moyens, y compris pour insuffisance de preuve ou en raison des conclusions qu'en a tirées le juge, que ceux qui sont autorisés dans les cas où le procès a été tenu devant jury ou que les dommages-intérêts ont été évalués par un jury.

14 Lorsque la décision d'un juge du procès est portée en appel ou qu'une motion est présentée à cet égard, ou lors d'une nouvelle audience, la Cour n'est pas tenue d'ordonner la tenue d'un nouveau procès ou d'accepter les conclusions que le juge du procès a tirées de la preuve. La Cour se détermine en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve et peut tirer les inférences factuelles et rendre la décision qu'aurait dû rendre, à son avis, le juge du procès.

L'article 14 revêt une importance particulière en l'espèce. Le juge Cameron a estimé qu'il soustrayait la Cour d'appel à l'obligation d'accepter les conclusions tirées de la preuve par le juge de première instance et l'autorisait à tirer ses propres inférences de fait.

Il ressort de la *Loi de 2000* dans son ensemble que même s'il fait mention d'une « nouvelle audience », l'art. 14 n'investit pas la Cour d'appel du pouvoir de « réentendre » une affaire. Il dit simplement que ses pouvoirs en appel peuvent être exercés lors de la nouvelle audition d'un appel. 82

used in the *2000 Act* in s. 16, which states that the court shall rehear an appeal in certain circumstances, for example, where this is made necessary by the death or resignation of two or more of the judges who heard the initial appeal. As the then Minister of Justice of Saskatchewan explained on second reading, the *2000 Act* (then Bill 80) "clarifies the procedure respecting rehearings", which are to take place if a rehearing of the appeal is required for reasons mentioned below (*Saskatchewan Hansard*, at p. 1626).

83 Though the statute uses more specific language, it is similar in effect to the corresponding statutes in other provinces and territories as regards the issue that concerns us here — authority to review primary findings of fact and inferences.

84 Thus, for example, a review of other provincial statutes reveals that British Columbia, Alberta, Manitoba, Ontario, and Prince Edward Island all explicitly allow their courts of appeal to "draw inferences of fact": *Court of Appeal Act*, R.S.B.C. 1996, c. 77, s. 9(2); *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, r. 518(c); *The Court of Appeal Act*, R.S.M. 1987, c. C240, s. 26(2); *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 134(4)(a); *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1987, c. 66, s. 56(4)(a).

85 Alberta, Manitoba, Prince Edward Island and Ontario also grant their respective courts of appeal the power to arrive at the decision the trial judge "ought" to have made: *Alberta Rules of Court*, r. 518(e); *The Court of Appeal Act* (Man.), s. 26(1); *Supreme Court Act* (P.E.I.), s. 56(1)(a); *Courts of Justice Act* (Ont.), s. 134(1)(a).

86 Quebec confers on its Court of Appeal "all powers necessary" to the exercise of its jurisdiction (*Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16, s. 10) — a general power that could hardly have been expressed in broader terms — while the Atlantic provinces, the Northwest Territories, and Nunavut grant jurisdiction consistent with

L'expression « nouvelle audience » est employée à l'art. 16, qui dispose que la Cour d'appel réentend un appel dans certaines circonstances, notamment lorsque l'exigent le décès ou la démission d'au moins deux des juges ayant entendu l'appel initial. Comme l'a expliqué en deuxième lecture le ministre de la Justice de la Saskatchewan de l'époque, la *Loi de 2000* (le projet de loi 80) [TRADUCTION] « clarifie la procédure relative à la tenue d'une nouvelle audience », qui aura lieu si la nouvelle audition d'un appel s'impose pour les motifs prévus expressément (*Saskatchewan Hansard*, p. 1626).

Même si elle est rédigée de façon plus précise, la *Loi de 2000* ressemble dans ses effets aux lois équivalentes des autres provinces et des territoires pour ce qui est de la question qui nous intéresse en l'espèce : le pouvoir de réviser les conclusions relatives à des faits prouvés directement et les inférences.

Par exemple, la Colombie-Britannique, l'Alberta, le Manitoba, l'Ontario et l'Île-du-Prince-Édouard autorisent tous expressément leurs cours d'appel à « tirer des inférences de fait » ou à « faire des déductions factuelles » : *Court of Appeal Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 77, par. 9(2); *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, règle 518c); *Loi sur la Cour d'appel*, L.R.M. 1987, ch. C240, par. 26(2); *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, al. 134(4)a); *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1987, ch. 66, al. 56(4)a).

L'Alberta, le Manitoba, l'Île-du-Prince-Édouard et l'Ontario accordent également à leurs cours d'appel respectives le pouvoir de rendre la décision que le juge de première instance « aurait dû » rendre : *Alberta Rules of Court*, règle 518e); *Loi sur la Cour d'appel* (Man.), par. 26(1); *Supreme Court Act* (Î.-P.-É.), al. 56(1)a); *Loi sur les tribunaux judiciaires* (Ont.), al. 134(1)a).

Le Québec confère à sa cour d'appel « tous les pouvoirs nécessaires » pour donner effet à sa compétence (*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16, art. 10) — un pouvoir général qu'il aurait été difficile de formuler plus largement —, alors que les provinces de l'Atlantique, les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut accordent à leurs cours

dates prior to the passing of their respective Acts.

In this light, I think it evident that the jurisdiction of the Saskatchewan Court of Appeal to review inferences of fact drawn by the trial judge is hardly exceptional, let alone unique. Other provincial or territorial courts of appeal are granted similar powers, expressly or implicitly, by their governing statutes. The *2000 Act* simply sets out those powers in more detail than some. A detailed enunciation of the powers conferred does not signify a legislative intent that they be more expansively exercised.

The Saskatchewan Court of Appeal is explicitly empowered to take its own view of what the evidence proves, to draw inferences of fact and to pronounce any decision that the trial judge ought to have pronounced. I do not think it open to question that other provincial appellate courts are endowed with these very same powers. But the scope of the powers conferred must not be confused with the manner in which they are to be exercised. In *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150, Morden J.A., speaking for the court in a different context but on this very point, stated:

> The purpose of s. 17(2)(*b*)(i) of the *Divorce Act*, which enables us to "pronounce the judgment that ought to have been pronounced" is to prescribe the general kind of disposition open to us, on allowing an appeal, as an alternative to ordering a new trial . . . and is not intended, in my view, to provide the rule governing *when* we will interfere with the challenged judgment, *i.e.*, it does not set forth the standard for determining whether or not the challenged judgment should be set aside. [Emphasis in original; pp. 154-55.]

Harrington was expressly endorsed by this Court in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, at p. 824.

Neither in Saskatchewan nor elsewhere in Canada may courts of appeal, absent an express legislative instruction to the contrary, disregard the governing principle of appellate intervention

d'appel une compétence compatible avec celle qu'elles exerçaient à une date antérieure à l'adoption de leurs lois respectives.

87 Il me paraît donc évident que le pouvoir de la Cour d'appel de la Saskatchewan de réviser les inférences de fait tirées par le juge de première instance est loin d'être exceptionnel, encore moins unique. D'autres cours d'appel provinciales ou territoriales sont expressément ou implicitement investies de pouvoirs similaires par leurs lois constitutives. La *Loi de 2000* énonce simplement ces pouvoirs plus en détail, ce qui ne signifie pas que le législateur a voulu qu'ils soient exercés de manière plus expansive.

88 La Cour d'appel de la Saskatchewan est expressément autorisée à apprécier la preuve, à tirer des inférences de fait et à rendre la décision qu'aurait dû rendre le juge de première instance. Je ne crois pas que l'on puisse mettre en doute le fait que d'autres cours d'appel provinciales ont les mêmes pouvoirs. Or, l'étendue des pouvoirs accordés ne doit pas être confondue avec la manière dont il convient de les exercer. Dans *Harrington c. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150, s'exprimant au nom de la Cour d'appel dans un contexte différent, mais sur le même sujet, le juge Morden a dit ce qui suit :

> [TRADUCTION] L'alinéa 17(2)*b*)(i) de la *Loi sur le divorce*, qui nous permet de « rendre le jugement qui aurait dû être rendu » a pour objet de prescrire le type général de décision que nous pouvons rendre quand nous accueillons l'appel, au lieu d'ordonner un nouveau procès [. . .]; il n'a pas pour but, à mon avis, d'énoncer une règle régissant les cas *où* nous pouvons modifier le jugement attaqué, c.-à-d., il n'établit pas la norme applicable pour déterminer si le jugement attaqué doit ou non être annulé. [En italique dans l'original; p. 154-155.]

Notre Cour a expressément approuvé cet arrêt dans *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, p. 824.

89 À défaut d'une prescription expresse contraire de la loi, une cour d'appel ne peut, ni en Saskatchewan ni ailleurs au Canada, faire fi du principe régissant l'appel d'une conclusion de fait. Elle peut

on questions of fact. They may indeed make their own findings and draw their own inferences, but only where the trial judge is shown to have committed a palpable and overriding error or made findings of fact that are clearly wrong, unreasonable, or unsupported by the evidence.

90 As I stated at the outset, the *2000 Act* neither bestows on the Court of Appeal for Saskatchewan unique powers of appellate intervention on questions of fact nor ordains their exercise in a manner that, within Canada, is exclusive to Saskatchewan.

E. *The Judicial Treatment of The Court of Appeal Act in Saskatchewan*

91 Prior to any intervention by this Court as to the appropriate standard of appellate review on questions of fact in Saskatchewan, the Court of Appeal's own case law under the *1978 Act*, the predecessor to the *2000 Act* that concerns us here, was entirely consistent with the principles elaborated in *Lensen* and *Housen*.

92 The leading case in the province was *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan v. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244, where the Court of Appeal found that a standard of palpable and overriding error applied to a trial judge's findings of fact. Sherstobitoff J.A., for himself and for Tallis J.A., provided an extensive, detailed and definitive analysis of the Court of Appeal's decisions concerning its jurisdiction to review findings of fact. Dealing specifically with s. 8 of the *1978 Act*, Sherstobitoff J.A. stated, at p. 248:

> While, on its face, s. 8 appears to confer not only the power, but a duty to "rehear" or "retry" a case, simple fairness and justice require a court of appeal to recognize that a trial judge has an immense advantage in assessing evidence and arriving at findings of fact as opposed to a court of appeal which is confined to an examination of a cold black and white record of a trial proceeding, completely devoid of the tension, emotion, colour, and atmosphere of a trial, all of which factors are immeasureably important in assisting a trial judge in arriving at his conclusions. It is for these reasons that a court of appeal must extend very substantial deference to the finding of facts of a trial judge. The issue has been considered on many occasions by the Supreme

effectivement tirer ses propres conclusions et inférences, mais seulement s'il est établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ou qu'il a tiré des conclusions de fait manifestement erronées, déraisonnables ou non étayées par la preuve.

Comme je l'ai dit au début des présents motifs, la *Loi de 2000* ne confère pas à la Cour d'appel de la Saskatchewan un pouvoir d'intervention unique à l'égard d'une question de fait ni ne prescrit l'exercice de ce pouvoir selon des modalités qui, au Canada, sont propres à la Saskatchewan.

E. *L'interprétation de sa loi constitutive par la Cour d'appel de la Saskatchewan*

Avant même que notre Cour ne se prononce sur la norme de révision en appel applicable à l'égard d'une conclusion de fait en Saskatchewan, la Cour d'appel a elle-même appliqué la *Loi de 1978*, remplacée par la *Loi de 2000* visée en l'espèce, d'une manière en tous points conforme aux principes issus de *Lensen* et *Housen*.

L'arrêt de principe dans la province est *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan c. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244, où la Cour d'appel a conclu que la norme de l'erreur manifeste et dominante s'appliquait aux conclusions de fait du juge de première instance. S'exprimant également au nom du juge Tallis, le juge Sherstobitoff a procédé à l'analyse complète, détaillée et définitive des décisions de la Cour d'appel relatives à son pouvoir de réviser une conclusion de fait. Voici ce qu'il a dit au sujet de l'art. 8 de la *Loi de 1978*, à la p. 248 :

> [TRADUCTION] Si, à première vue, l'art. 8 paraît conférer non seulement le pouvoir, mais aussi l'obligation de « réentendre » une affaire ou de l'« instruire à nouveau », la simple équité et la justice la plus élémentaire requièrent d'un tribunal d'appel qu'il reconnaisse que le juge de première instance a l'immense avantage de pouvoir apprécier les témoignages et de constater les faits, par opposition à un tribunal d'appel, confiné à l'étude froide, sans nuance, du dossier de première instance, dénué de la tension, de l'émotion, du pittoresque et de l'atmosphère qui ont imprégné le procès et qui sont tous des facteurs incommensurablement importants et si utiles au juge de première instance pour arriver à ses conclusions. C'est pour ces raisons qu'un

Court of Canada and its decisions bear these principles out. [Emphasis added.]

tribunal d'appel doit traiter avec une grande déférence les conclusions de fait du juge de première instance. La Cour suprême du Canada a examiné la question à de nombreuses occasions et ces principes ressortent de ses arrêts. [Je souligne.]

The Court of Appeal in *Long Lake School Division* expressly adopted the jurisprudence of this Court setting out general standards of appellate review applicable to questions of fact, in particular citing *Stein v. The Ship "Kathy K"*, a classic enunciation of the principle of appellate deference to the findings of fact at trial.

Citant plus particulièrement l'arrêt *Stein c. Le navire « Kathy K »*, un énoncé classique du principe de la déférence manifestée en appel à l'égard des conclusions de fait tirées en première instance, la Cour d'appel s'est expressément conformée à la jurisprudence de notre Cour établissant les normes générales de révision en appel applicables à l'égard d'une conclusion de fait.

Nor can it be contended, as Cameron J.A. suggested in the present case, that the Court of Appeal had traditionally distinguished, in considering its powers of review, between primary findings and inferences. On the contrary, in *Long Lake School Division*, Sherstobitoff J.A. did not restrict his guidelines for appellate deference to matters of credibility or to the review of primary findings. He set out instead a general guideline: "[w]here there is evidence to support a finding of fact a court of appeal should not interfere in the absence of palpable or demonstrable error" (p. 251).

93 L'on ne saurait prétendre non plus, comme le juge Cameron l'a laissé entendre dans la présente affaire, que dans l'examen de son pouvoir de révision, la Cour d'appel a traditionnellement distingué la conclusion relative à un fait prouvé directement de l'inférence. Au contraire, dans l'arrêt *Long Lake School Division*, le juge Sherstobitoff n'a pas limité la déférence en appel aux seules conclusions relatives à la crédibilité ou à des faits prouvés directement. Il a plutôt énoncé la règle générale suivante : [TRADUCTION] « [l]orsqu'un élément de preuve étaye une conclusion de fait, la cour d'appel s'abstient de la modifier, sauf erreur manifeste ou apparente » (p. 251).

Similarly, in *Tanel*, Bayda C.J.S. set out the test for appellate review of findings of fact in these terms: "first, is there evidence to support the trial judge's findings of fact; and second, is there an absence of palpable or demonstrable error?" (p. 218). Later, Bayda C.J.S. referred to the "'task of great and almost insuperable difficulty' (*per* Lord Sumner [in *S.S. Hontestroom v. S.S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37 (H.L.)]) that any appellant faces in trying to convince an appellate court to overturn a trial judge's finding of fact" (p. 220). In the same case, Vancise J.A. summarized the standard of review aptly, at p. 223:

94 De même, dans *Tanel*, le juge en chef Bayda a énoncé comme suit le critère applicable à l'appel d'une conclusion de fait : [TRADUCTION] « premièrement, un élément de preuve étaye-t-il la conclusion de fait du juge de première instance; deuxièmement, y a-t-il absence d'erreur manifeste ou apparente? » (p. 218). Plus loin, il a fait état de la [TRADUCTION] « "tâche difficile, voire insurmontable" (lord Sumner [dans *S.S. Hontestroom c. S.S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37 (H.L.)]) de tout appelant qui tente d'amener une cour d'appel à infirmer une conclusion de fait tirée par un juge de première instance » (p. 220). Dans la même affaire, le juge Vancise a bien résumé la norme de révision applicable, à la p. 223 :

For an appellate court to intervene in respect to findings of fact by a trial judge and to modify or substitute those findings of fact there must be palpable and overriding error. The appellate court must be certain that

[TRADUCTION] Pour qu'une cour d'appel modifie les conclusions de fait d'un juge de première instance, une erreur manifeste et dominante doit les entacher. La cour d'appel doit être certaine que le juge de

the trial judge erred and must be able to identify with certainty the critical error.

95 Yet again, and still prior to this Court's decision in *Lensen*, Cameron J.A., for the court, applied a palpable and overriding error standard to the trial judge's conclusion that the plaintiffs had not relied on the defendant's misrepresentation, as it was "open to him on the evidence": see *Sisson v. Pak Enterprises Ltd.* (1987), 64 Sask. R. 232, at p. 235.

96 Speaking for the Court in *Lensen*, Dickson C.J. thus adopted the Court of Appeal's own synthesis of its jurisprudence in *Long Lake School Division*, when he stated (at pp. 683-84):

> It is a well-established principle that findings of fact made at trial based on the credibility of witnesses are not to be reversed on appeal unless it can be established that the trial judge made some "palpable and overriding error which affected his assessment of the facts" .... While section 8 of the Saskatchewan *Court of Appeal Act* authorizes the Court of Appeal to "draw inferences of fact", this task must be performed in relation to facts as found by the trial judge. Unless the trial judge has made some "palpable and overriding error" in this regard, s. 8 should not be construed so as to modify the traditional role of the Court of Appeal with respect to those findings.

97 In short, far from proceeding by way of rehearing, the Court of Appeal for Saskatchewan appears to have for many decades prior to both *Lensen* and *Housen* understood its legislative mandate as a power of review for error. The court consistently and repeatedly held that it was authorized to intervene in a trial judge's findings of fact only where palpable and overriding error was shown.

98 No decision has been drawn to our attention where the court has asserted a power of review by rehearing.

première instance a commis une erreur et être en mesure de déterminer avec certitude l'erreur fatale.

Toujours avant l'arrêt *Lensen* de notre Cour, le juge Cameron a une fois de plus appliqué, au nom de la Cour d'appel, la norme de l'erreur manifeste et dominante à la conclusion du juge de première instance selon laquelle les demandeurs ne s'étaient pas fiés à la déclaration trompeuse de la défenderesse, [TRADUCTION] « la preuve lui permettant de tirer pareille conclusion » : voir *Sisson c. Pak Enterprises Ltd.* (1987), 64 Sask. R. 232, p. 235.

Dans *Lensen*, s'exprimant au nom de notre Cour, le juge en chef Dickson a donc fait sienne la synthèse de sa propre jurisprudence à laquelle s'était livrée la Cour d'appel dans *Long Lake School Division*, aux p. 683-684 :

> C'est un principe bien établi que les constatations de fait d'un juge de première instance, fondées sur la crédibilité des témoins, ne doivent pas être infirmées en appel à moins qu'il ne puisse être établi que le juge de première instance « a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits » [. . .] Certes, l'art. 8 de la *Court of Appeal Act* de la Saskatchewan autorise la Cour d'appel à [TRADUCTION] « faire des déductions de fait », mais cela doit être accompli en fonction des faits constatés par le juge de première instance. À moins que le juge de première instance n'ait commis quelque « erreur manifeste et dominante » à cet égard, l'art. 8 ne doit pas être interprété de manière à modifier le rôle joué traditionnellement par la Cour d'appel en ce qui concerne ces constatations.

En somme, loin d'avoir privilégié la nouvelle audition, la Cour d'appel de la Saskatchewan semble avoir vu dans son mandat légal le pouvoir de vérifier si la décision est exempte d'erreur, et ce, bien des décennies avant les arrêts *Lensen* et *Housen*. Elle a conclu à maintes reprises et avec constance qu'elle n'était autorisée à modifier les conclusions de fait du juge de première instance que si l'existence d'une erreur manifeste et dominante était établie.

Nulle décision où la Cour d'appel a revendiqué le pouvoir d'instruire l'appel par voie de nouvelle audition n'a été portée à notre attention.

F. *The Effect of the 2000 Amendments to The Court of Appeal Act*

It was argued by the Attorney General for Saskatchewan that amendments made to *The Court of Appeal Act* in 2000 call for a reconsideration of the principles of appellate review applicable in Saskatchewan.

Prior to those amendments, as we have just seen, a standard of palpable and overriding error had been applied with relative consistency to appellate review of findings of fact made at trial. Neither a plain reading of the *2000 Act*, nor the legislative history of the amendments, indicate a legislative intention to change that standard.

As we shall see, moreover, the Court of Appeal itself did not view the *2000 Act*, after its adoption, as warranting a departure from *Lensen*, or from its own case law prior to the decision of our Court in that case.

Section 14 of the current *2000 Act* is the successor to s. 8 of the *1978 Act*. The two provisions are best viewed together:

14 [Powers of court re evidence] On an appeal from, or on a motion against, the decision of a trial judge or on any rehearing, the court is not obliged to grant a new trial or to adopt the view of the evidence taken by the trial judge, but the court shall act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves, and the court may draw inferences of fact and pronounce the decision that, in its judgment, the trial judge ought to have pronounced.

8. [Court not bound by view of evidence taken by trial judge] Upon appeal from, or motion against, the order, decision, verdict or decree of a trial judge, or on the rehearing of any cause, application or matter, it shall not be obligatory on the court to grant a new trial, or to adopt the view of the evidence taken by the trial judge, but the court shall act upon its own view of what the evidence in its judgment proves, and the court may draw inferences of fact and pronounce the verdict, decision or order that, in its judgment, the judge who tried the case ought to have pronounced.

F. *L'effet des modifications apportées en 2000 à la loi sur la Cour d'appel*

Le procureur général de la Saskatchewan a fait valoir que les modifications apportées à la loi sur la Cour d'appel en 2000 rendaient nécessaire le réexamen des principes régissant l'appel dans la province. 99

Avant ces modifications, nous venons de le voir, la norme de l'erreur manifeste et dominante avait été appliquée assez uniformément à l'appel d'une conclusion de fait tirée au procès. Ni la simple lecture de la *Loi de 2000* ni l'historique législatif des modifications n'indiquent l'intention du législateur d'établir une nouvelle norme. 100

De plus, nous le verrons, la Cour d'appel elle-même n'a pas jugé que la *Loi de 2000*, une fois adoptée, la justifiait de déroger à l'arrêt *Lensen* ou à sa propre jurisprudence antérieure à cet arrêt. 101

L'article 14 de la *Loi de 2000*, actuellement en vigueur, a remplacé l'art. 8 de la *Loi de 1978*. Pour les besoins de la présente analyse, les deux dispositions sont reproduites l'une à la suite de l'autre : 102

14 [La Cour n'est pas liée par les conclusions du juge du procès] Lorsque la décision d'un juge du procès est portée en appel ou qu'une motion est présentée à cet égard, ou lors d'une nouvelle audience, la Cour n'est pas tenue d'ordonner la tenue d'un nouveau procès ou d'accepter les conclusions que le juge du procès a tirées de la preuve. La Cour se détermine en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve et peut tirer les inférences factuelles et rendre la décision qu'aurait dû rendre, à son avis, le juge du procès.

[TRADUCTION]

8. [La Cour n'est pas liée par les conclusions que le juge du procès a tirées de la preuve] Lorsque la décision, l'ordonnance ou la conclusion d'un juge du procès est portée en appel ou qu'une motion est présentée à son égard, ou lors de la nouvelle audition d'une affaire ou d'une demande, la Cour n'a pas à ordonner la tenue d'un nouveau procès ni à accepter les conclusions que le juge du procès a tirées de la preuve. La Cour se détermine en se fondant sur son interprétation de la preuve et elle peut tirer les inférences factuelles et rendre la décision, l'ordonnance ou la conclusion qu'aurait dû rendre, à son avis, le juge qui a instruit le procès.

103 Section 14, which came into effect on November 1, 2000, is identical in substance to the former s. 8, though the drafting of the provision has been modernized. While s. 14 refers only to a "decision" (rather than to an "order, decision, verdict or decree"), "decision" is defined in the *2000 Act* to include an order, verdict or decree. Even in this regard, s. 14 thus corresponds in substance to the former provision.

104 In other respects, the two provisions are indistinguishable. Section 14 of the *2000 Act* merely rephrases its predecessor in plainer English. This should cause no surprise, given the legislative history of the amendments.

105 On second reading of the *2000 Act*, Mr. Axworthy emphasized that the amendments were primarily intended to restate the historical jurisdiction of the court in modern language, and to facilitate its translation into French:

Hon. Mr. Axworthy: — Thank you, Mr. Speaker. I rise today to move second reading of The Court of Appeal Act, 2000. Mr. Speaker, The Court of Appeal Act was first passed when the court was created in 1915, and a number of provisions in the Act have remained unchanged since that time. Therefore, Mr. Speaker, there's a need to update and clarify some of these provisions.

The present section of the Act relating to jurisdiction is incomprehensible to anyone other than a legal historian. The Bill before the House doesn't change the jurisdiction of the Court of Appeal in any way, it simply restates the historical jurisdiction of the court in a way that can be understood by users of the Act.

The legislature will be asked to approve the re-enactment of The Court of Appeal Act in both French and English . . . .

Mr. Speaker, the English version of this Bill required revision for clarification purposes before the French translation could go forward. As well as adopting gender-neutral language, this update of The Court of Appeal Act substantially improves the law by making it clear and more understandable, even to my own colleagues, Mr. Speaker.

And finally:

Entré en vigueur le 1er novembre 2000, l'art. 14 est identique sur le fond à l'ancien art. 8, même si son libellé a été modernisé. Il ne renvoie plus qu'à la « décision », mais ce terme est défini dans la *Loi de 2000* comme s'entendant également d'une ordonnance ou d'une conclusion. Même sous ce rapport, sa teneur correspond donc à celle de l'ancienne disposition.

Les deux dispositions ne peuvent par ailleurs être distinguées l'une de l'autre. L'article 14 ne fait que reformuler plus simplement l'art. 8, ce qui n'est pas étonnant au vu de l'historique législatif des modifications.

Lors de la deuxième lecture de la *Loi de 2000*, M. Axworthy a insisté sur le fait que les modifications visaient surtout à réaffirmer la compétence historique de la Cour d'appel dans une langue moderne, et à en faciliter la traduction en français :

[TRADUCTION] **L'hon. M. Axworthy** : — Merci, Monsieur le Président. Je prends la parole aujourd'hui pour proposer l'adoption en deuxième lecture de la Loi de 2000 sur la Cour d'appel. Monsieur le Président, la Loi sur la Cour d'appel a initialement été adoptée lors de la création de la Cour en 1915, et un certain nombre de ses dispositions sont demeurées inchangées depuis. Par conséquent, Monsieur le Président, il est nécessaire d'actualiser et de clarifier certaines de ces dispositions.

La disposition actuelle sur la compétence est incompréhensible pour quiconque n'est pas un historien du droit. Le projet de loi dont la Chambre est saisie ne modifie en rien la compétence de la Cour d'appel. Il ne fait que reformuler sa compétence historique afin que la Loi puisse être comprise par ses « utilisateurs ».

L'Assemblée sera appelée à approuver la réadoption de la Loi sur la Cour d'appel en français et en anglais . . .

Monsieur le Président, la version anglaise de ce projet de loi devait être révisée à des fins de clarification avant que la traduction en français ne puisse être entreprise. En plus de supprimer toute distinction fondée sur le sexe, cette actualisation de la Loi sur la Cour d'appel améliore sensiblement la loi en la rendant plus claire et plus compréhensible, même pour mes propres collègues, Monsieur le Président.

Et enfin :

. . . the Bill clarifies the procedure respecting rehearings. It states that the court shall rehear an appeal if due to death or resignation, only one judge who heard the appeal remains. As well, if the number of judges is reduced to an even number that is deeply divided on a matter, a party to the appeal may apply for a rehearing.

(*Saskatchewan Hansard*, at pp. 1625-26 (emphasis added))

Though of limited weight, *Hansard* evidence can assist in determining the background and purpose of legislation: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 35. In this case, it is particularly apposite, since it was contended by the Attorney General for Saskatchewan, an intervener in this Court, that the legislature's purpose in revising *The Court of Appeal Act* was to "clarify" that the Court of Appeal was to be placed "in a position of conducting an appeal by rehearing".

Here, too, I find instructive the Saskatchewan Court of Appeal's own interpretation of its constituent statute. It does not appear, even prior to this Court's judgment in *Housen*, to have understood the *2000 Act* as an enlargement of its powers of review on questions of fact under the previous Act, as interpreted by the court itself. In *Knight v. Huntington* (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68, at para. 28, Sherstobitoff J.A., speaking for the court, applied the palpable and overriding error standard to findings of credibility made and inferences of fact drawn by the trial judge:

In this case, much of the trial judge's finding of fact depended primarily upon assessments of the relative credibility of the witnesses. To that extent, his findings cannot be interfered with unless the appellants can show that there was a palpable and overriding error. Further, to the extent that his findings depended upon drawing inferences of fact, the appellants must show that there was no evidence from which those conclusions could reasonably be drawn. [Emphasis added.]

Knight was heard by the Saskatchewan Court of Appeal in May of 2001, some six months after the

. . . le projet de loi clarifie la procédure relative à la tenue d'une nouvelle audience. Il prévoit que la cour réentend un appel si, en raison d'un décès ou d'une démission, il ne reste plus qu'un seul des juges l'ayant entendu. Aussi, lorsque le nombre de juges est réduit à un nombre pair et qu'il y a partage égal entre eux, une partie peut demander une nouvelle audience.

(*Saskatchewan Hansard*, p. 1625-1626 (je souligne))

106 Bien que sa valeur probante soit restreinte, la transcription des débats parlementaires peut servir à déterminer le contexte et l'objet d'un texte législatif : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 35. Cet élément est particulièrement pertinent en l'espèce, car le procureur général de la Saskatchewan, partie intervenante au présent pourvoi, a fait valoir que l'intention du législateur, en révisant la loi sur la Cour d'appel, était de « préciser » que la Cour d'appel était mise [TRADUCTION] « en position d'instruire un appel par voie de nouvelle audition ».

107 L'interprétation de sa propre loi constitutive par la Cour d'appel de la Saskatchewan me paraît aussi digne d'intérêt. Même avant l'arrêt *Housen*, la Cour d'appel ne semble pas avoir vu dans la *Loi de 2000* un élargissement de son pouvoir d'intervention à l'égard d'une question de fait, compte tenu de sa propre interprétation de l'ancienne loi. Dans *Knight c. Huntington* (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68, par. 28, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Sherstobitoff a appliqué la norme de l'erreur manifeste et dominante aux conclusions sur la crédibilité et aux inférences de fait tirées par le juge de première instance :

[TRADUCTION] En l'espèce, une bonne partie des conclusions de fait du juge de première instance tenait essentiellement à l'appréciation de la crédibilité relative des témoins. Par conséquent, ses conclusions ne peuvent être modifiées que si les appelants établissent qu'une erreur manifeste et dominante a été commise. De plus, dans la mesure où ses conclusions tenaient à des inférences de fait, les appelants doivent démontrer qu'aucun élément de preuve ne permettait raisonnablement de tirer ces conclusions. [Je souligne.]

La Cour d'appel de la Saskatchewan a instruit cette affaire en mai 2001, soit environ six mois après

2000 Act had come into force. R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), states the "common law presumption that procedural legislation applies immediately and generally to both pending and future facts" (p. 582). This common law rule has been codified by Saskatchewan's *Interpretation Act, 1995*, S.S. 1995, c. I-11.2, s. 35 (am. S.S. 1998, c. 47, s. 6).

108 Similarly, in *Bogdanoff v. Saskatchewan Government Insurance* (2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35, Gerwing J.A., in oral reasons for the court, applied a palpable and overriding error standard to a finding of causation made by the trial judge. The appeal was heard more than three months after the *2000 Act* came into effect. In *Brown v. Zaitsoff Estate* (2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18, decided almost a year later, Tallis J.A. applied the same standard, again for a unanimous court.

109 In none of these decisions was there any suggestion that the *2000 Act* had enlarged the scope of appellate review of findings of fact in Saskatchewan. Nor was the *2000 Act* mentioned at all.

G. *The Standard of Appellate Review: Conclusion*

110 With respect, I do not find persuasive any of the arguments advanced in support of the contention that the rules governing appellate intervention in Saskatchewan differ from those set out in *Housen*. On the contrary, I am satisfied for the reasons given that the standard of review for inferences of fact, in Saskatchewan as elsewhere in Canada, is that of palpable and overriding error and its functional equivalents, including "clearly wrong", "unreasonable" and "not reasonably supported by the evidence".

H. *Application of the Standard of Review*

111 The Court of Appeal reversed the trial judge on six points that are at issue in this appeal: (1) qualification of the experts, (2) causation, (3) mitigation,

l'entrée en vigueur de la *Loi de 2000*. Dans *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), R. Sullivan fait état de la [TRADUCTION] « présomption de common law voulant que les dispositions relatives à la procédure s'appliquent immédiatement et généralement aux affaires en instance et aux affaires à venir » (p. 582). Cette règle de common law a été codifiée dans la *Loi d'interprétation de 1995* de la Saskatchewan, L.S. 1995, ch. I-11,2, art. 35 (mod. L.S. 1998, ch. 47, art. 6).

De même, dans l'affaire *Bogdanoff c. Saskatchewan Government Insurance* (2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35, la juge Gerwing, s'exprimant de vive voix au nom de la Cour d'appel, a appliqué la norme de l'erreur manifeste et dominante à une conclusion sur la causalité tirée par le juge de première instance, et ce, plus de trois mois après l'entrée en vigueur de la *Loi de 2000*. Dans l'arrêt *Brown c. Zaitsoff Estate* (2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18, rendu presque un an plus tard, le juge Tallis a appliqué la même norme, toujours avec l'assentiment de ses collègues.

Dans aucune de ces décisions la Cour d'appel de la Saskatchewan n'a laissé entendre que la *Loi de 2000* avait accru la portée de son pouvoir de réviser en appel une conclusion de fait. Elle n'a même pas fait mention de cette loi.

G. *La norme de révision applicable : Conclusion*

En toute déférence, je ne trouve pas convaincants les arguments avancés à l'appui de la thèse selon laquelle, en Saskatchewan, les règles régissant l'appel diffèrent de celles énoncées dans *Housen*. Je crois plutôt, pour les motifs exposés, que la norme de révision applicable aux inférences de fait, en Saskatchewan comme ailleurs au Canada, est celle de l'erreur manifeste et dominante et ses équivalents fonctionnels — « manifestement erroné », « déraisonnable » et « non étayé par la preuve ».

H. *L'application de la norme de révision*

La Cour d'appel a infirmé la décision de première instance au regard de six points qui sont en litige dans le présent pourvoi : (1) la compétence des

(4) incarceration, (5) collateral benefits, and (6) loss of future earnings. In my respectful view, the Court of Appeal erred in interfering with the trial judge's findings on the first three issues. I agree, however, that the trial judge erred in awarding H.L. damages for lost earnings for the time he spent in prison, in failing to deduct the social assistance received by H.L. from the award for loss of past earnings, and in granting an award for loss of future earnings.

(1) The Expert Evidence

The trial judge based his conclusion that Mr. Starr's sexual abuse of H.L. caused H.L.'s alcoholism on the evidence adduced before him, including that of the experts called by the parties. The Court of Appeal, in my view, erred in substituting its own opinion of that evidence for that of the trial judge and in interfering with the judge's conclusion on this issue.

Cameron J.A. found that "the two witnesses [the experts] were pretty much allowed to roam at large, expressing all manner of opinion in relation to which they were not formally qualified" (para. 255). Specifically, Cameron J.A. felt that the experts should not have been allowed to speak to the cause of H.L.'s alcoholism (para. 256). He then concluded that, in the absence of this expert evidence, there was no basis for an inference that Mr. Starr's abuse had caused H.L.'s alcoholism and consequent loss (para. 258).

I am unable to share this view. Both experts testified that H.L.'s sexual abuse by Mr. Starr had caused his alcoholism. Both were qualified to speak to the long-term psychological effects of that sexual abuse. Both had extensive clinical and professional experience in that area, and both had tested H.L. and interviewed him extensively. Characterizing the testimony of the experts as evidence concerning the etiology of alcoholism in general ignores its real content and true import: rather than appreciating the experts' testimony for its relevance, purpose and significance as evidence of the effects of Mr. Starr's

experts, (2) la causalité, (3) la limitation du préjudice, (4) l'incarcération, (5) les prestations parallèles et (6) la perte de revenus ultérieure. À mon humble avis, elle a eu tort de modifier les conclusions du juge de première instance quant aux trois premiers. Je conviens cependant que ce dernier a eu tort d'accorder des dommages-intérêts pour la perte de revenus pendant l'incarcération, de ne pas déduire les prestations d'aide sociale de l'indemnité accordée pour la perte de revenus antérieure et d'accorder des dommages-intérêts pour la perte de revenus ultérieure.

(1) La preuve d'expert

112 Le juge de première instance a fondé sur les témoignages entendus, dont ceux des experts des parties, sa conclusion que les abus sexuels de M. Starr avaient causé l'alcoolisme de H.L. Selon moi, la Cour d'appel a eu tort de substituer sa propre appréciation de ces éléments de preuve à celle du juge de première instance et de modifier la conclusion que ce dernier en avait tirée.

113 Le juge Cameron a conclu que [TRADUCTION] « les deux témoins [experts] avaient pu en quelque sorte s'écarter du sujet et exprimer leur opinion sur toutes sortes de questions qui ne relevaient pas de leur compétence » (par. 255). Plus particulièrement, il a estimé que les experts n'auraient pas dû être admis à se prononcer sur la cause de l'alcoolisme de H.L. (par. 256). Il a ensuite conclu que, en l'absence d'une preuve d'expert à l'appui, rien ne permettait d'inférer que les abus commis par M. Starr avaient causé l'alcoolisme de H.L. et le préjudice qui en avait résulté (par. 258).

114 Je ne puis être d'accord. Les deux experts ont témoigné que les abus sexuels dont H.L. avait été victime étaient à l'origine de son alcoolisme. Tous deux étaient qualifiés pour se prononcer sur les effets psychologiques à long terme de ces abus. Tous deux avaient une vaste expérience clinique et professionnelle dans le domaine; ils avaient soumis H.L. à des tests et l'avaient interrogé longuement. Considérer ces témoignages comme une preuve relative à l'étiologie de l'alcoolisme en général fait abstraction de leur véritable teneur et de leur portée réelle : au lieu de les apprécier en fonction de leur pertinence, de

tortious conduct on H.L. himself, Cameron J.A. misapprehended it as testimony about the causes of alcoholism generally.

115 Both experts were psychologists with extensive knowledge and experience concerning sexual abuse. They were qualified to speak to the effects of such abuse, including substance abuse. Both testified that Mr. Starr's abuse bore a causal relationship to H.L.'s substance abuse; the difference in their respective opinions related only to the extent of that causal relationship in the circumstances of this case.

116 Moreover, the difference in their opinions had no bearing on the liability of Mr. Starr or Canada for the damages found by the trial judge to have been suffered by H.L.: Dr. Arnold stated that H.L.'s family life enhanced his vulnerability to alcoholism, but nonetheless described the abuse as the "specific triggering event", without which H.L.'s pre-existing vulnerability may not have caused him harm. In Dr. Arnold's opinion, we just "don't know" what would have happened to H.L. had he not suffered abuse at the hands of Mr. Starr, because, in fact, he did.

117 With respect, it is neither accurate nor helpful to say that the trial judge allowed the experts to "roam at large". On the contrary, they were "reigned in" by the trial judge upon proper objections by counsel, for example on the issue of H.L.'s "earning capacity".

118 To sum up, then, both experts testified on direct examination that the abuse H.L. experienced bore a causal relationship to his substance abuse. The respondent's position on that issue is therefore unacceptable: In effect, the respondent seeks to disavow in this Court the evidence he himself adduced at trial on the ground that his own witness, Dr. Arnold, was not qualified to answer the questions he himself put to the witness without objection by opposing counsel.

leur objet et de leur importance comme une preuve des effets du comportement répréhensible de M. Starr à l'endroit de H.L., le juge Cameron y voit à tort une preuve relative aux causes de l'alcoolisme en général.

Les deux experts étaient psychologues et avaient une connaissance approfondie de l'abus sexuel et une vaste expérience en la matière. Ils avaient la compétence voulue pour se prononcer sur les effets de l'abus sexuel, dont la consommation excessive de substances intoxicantes. Tous deux ont vu un lien de causalité entre les actes de M. Starr et la consommation excessive de substances intoxicantes par H.L.; seule les a opposés l'importance de ce lien dans les circonstances de l'espèce.

De plus, la divergence d'opinion ne portait aucunement sur la responsabilité de M. Starr ou de l'État pour le préjudice que H.L. avait subi selon le juge de première instance : le D[r] Arnold a affirmé que les antécédents familiaux de H.L. l'avaient rendu plus vulnérable à l'alcoolisme, mais il a néanmoins considéré l'abus comme l'« événement déclencheur » sans lequel la vulnérabilité préexistante de H.L. aurait pu ne lui être aucunement préjudiciable. À son avis, nul ne pouvait dire ce qu'il serait advenu de H.L. s'il n'avait pas été victime d'abus de la part de M. Starr parce que, justement, il l'avait été.

En toute déférence, il n'est ni exact ni utile de dire que le juge de première instance a laissé les experts « s'écarter du sujet ». Au contraire, il les a rappelés à l'ordre à la suite d'objections justifiées, notamment au sujet de la « capacité de gain » de H.L.

Les deux experts ont donc conclu, en interrogatoire principal, à l'existence d'un lien de causalité entre les abus sexuels subis par H.L. et sa consommation excessive de substances intoxicantes. La thèse contraire défendue devant notre Cour est donc inacceptable. L'intimé cherche en effet à récuser le témoignage qu'il a lui-même présenté en première instance, alléguant que son témoin, le D[r] Arnold, n'était pas qualifié pour répondre aux questions qu'il lui a lui-même posées sans que l'avocat de la partie adverse ne formule d'objection.

Dr. Arnold's answers were indeed detrimental to the respondent's case. But it is too late in the day to contend that Dr. Arnold was not qualified to speak to the relationship between the sexual abuse inflicted on H.L. and his ensuing problems — the very issue upon which he was examined deliberately by counsel who called him.

I would therefore allow the appeal on this branch of the matter, since the trial judge did not err in qualifying the witnesses, in making findings on their relative credibility or in relying on their expert opinions.

(2) Causation

In my respectful view, the Court of Appeal erred in setting aside the trial judge's findings on causation.

Causation is a factual inference: *Housen*, at paras. 70 and 75 of the majority reasons and paras. 111 and 159 of the minority reasons.

This Court explained the test for causation in *Athey*, at paras. 13-19:

> Causation is established where the plaintiff proves to the civil standard on a balance of probabilities that the defendant caused or contributed to the injury: *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *McGhee v. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.).
>
> The general, but not conclusive, test for causation is the "but for" test, which requires the plaintiff to show that the injury would not have occurred but for the negligence of the defendant: *Horsley v. MacLaren*, [1972] S.C.R. 441.
>
> The "but for" test is unworkable in some circumstances, so the courts have recognized that causation is established where the defendant's negligence "materially contributed" to the occurrence of the injury.
>
> . . .
>
> The law does not excuse a defendant from liability merely because other causal factors for which he is not responsible also helped produce the harm .... It is

Les réponses du D[r] Arnold ont certes nui à la thèse défendue par l'intimé, mais il est maintenant trop tard pour prétendre que le témoin n'était pas qualifié pour se prononcer sur l'existence d'un lien entre les abus sexuels et les problèmes subséquents de H.L., ce sur quoi l'avocat qui l'avait appelé à la barre l'a délibérément interrogé. 119

J'accueillerais donc ce volet du pourvoi, le juge de première instance n'ayant commis aucune erreur en tenant les témoins pour compétents, en tirant des conclusions sur leur crédibilité relative ou en se fondant sur leurs avis d'experts. 120

(2) La causalité

En toute déférence, la Cour d'appel a eu tort d'écarter les conclusions du juge de première instance sur le lien de causalité. 121

Conclure à l'existence d'un lien de causalité est une inférence factuelle : *Housen*, par. 70 et 75 (motifs majoritaires), par. 111 et 159 (motifs minoritaires). 122

Dans *Athey*, notre Cour a exposé le critère applicable en la matière, aux par. 13-19 : 123

> La causalité est établie si le demandeur prouve, selon la norme applicable en matière civile, c'est-à-dire suivant la prépondérance des probabilités, que le défendeur a causé le préjudice ou y a contribué : *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *McGhee c. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.).
>
> Le critère général, quoique non décisif, en matière de causalité est celui du « facteur déterminant » (« *but for test* »), selon lequel le demandeur est tenu de prouver que le préjudice ne serait pas survenu sans la négligence du défendeur : *Horsley c. MacLaren*, [1972] R.C.S. 441.
>
> Comme le critère du facteur déterminant n'est pas applicable dans certaines circonstances, les tribunaux ont reconnu que la causalité était établie si la négligence du défendeur avait « contribué de façon appréciable » au préjudice.
>
> . . .
>
> En droit, la responsabilité du défendeur n'est pas écartée du seul fait que d'autres facteurs qui ne lui sont pas imputables ont contribué au préjudice [. . .] Il suffit que

sufficient if the defendant's negligence was a cause of the harm. . . . [Emphasis in original.]

124 The causal question at issue here is whether Mr. Starr's sexual abuse of H.L. reduced H.L.'s employment income during the first and second periods. The trial judge answered that question in the affirmative (para. 65). He drew this inference from both experts' opinions that H.L.'s alcoholism was caused by the sexual abuse; from their opinions that sexual abuse results in a loss of self-esteem and self-confidence which, in turn, affect employability or "work ethic"; and from the evidence of H.L. himself.

125 The trial judge based his assessment of damages on the finding that the sexual abuse by Mr. Starr caused H.L.'s emotional difficulties and alcoholism, which in turn caused his inability to secure and maintain full-time employment. Ultimately, then, the question is whether this was a reasonable inference on the facts as found by the trial judge.

126 The experts in this case gave their evidence regarding (1) the link between H.L.'s sexual abuse and his emotional problems and alcoholism, and (2) the link between H.L.'s low self-esteem and self-confidence and his reduced employability. The opinion of an expert was not necessary to make the link between H.L.'s alcoholism and his reduced ability to sustain remunerative employment. That link, which might appear to be a matter of common experience to many, was nonetheless provided by H.L. himself.

127 The first inference drawn by the trial judge was that the sexual abuse caused H.L.'s emotional problems and alcoholism. Both experts testified that sexual abuse would cause a victim to have a negative self-image and a lack of self-confidence. As we saw earlier, H.L. also testified that the abuse made him feel humiliated and ashamed, caused him to lose concentration, and led to his withdrawal from schooling at an early stage.

la négligence du défendeur ait été une cause du préjudice. . . [Souligné dans l'original.]

Dans la présente affaire, la question en litige au chapitre de la causalité est la suivante : les abus sexuels ont-ils eu pour effet de diminuer le revenu d'emploi de H.L. pendant la première période et la seconde? Le juge de première instance a répondu par l'affirmative (par. 65). Il a tiré cette inférence des avis des deux experts selon lesquels les abus sexuels étaient à l'origine de l'alcoolisme de H.L. et avaient causé une perte d'estime de soi et de confiance en soi qui, elle, avait influé sur l'aptitude au travail ou sur la « morale du travail », ainsi que du témoignage de H.L. lui-même.

Le juge de première instance a fondé son évaluation du préjudice sur la conclusion que les abus sexuels étaient à l'origine des difficultés émotionnelles et de l'alcoolisme de H.L. qui, eux, avaient empêché l'appelant d'obtenir et de conserver un emploi à temps plein. Il faut donc se demander, en fin de compte, s'il s'agissait d'une inférence raisonnable compte tenu des faits constatés par le juge de première instance.

Les experts ont donné leur avis sur (1) le lien entre les abus sexuels, d'une part, et les difficultés émotionnelles et l'alcoolisme de H.L., d'autre part, ainsi que sur (2) le lien entre le manque d'estime de soi et de confiance en soi de H.L. et son aptitude réduite au travail. L'opinion d'un expert n'était pas nécessaire pour établir un lien entre l'alcoolisme de H.L. et sa capacité réduite de conserver un emploi rémunérateur. Ce lien a été établi par le témoignage de H.L. même s'il pouvait paraître évident à bon nombre de personnes.

Suivant la première inférence tirée par le juge de première instance, les abus sexuels avaient causé les difficultés émotionnelles et l'alcoolisme de H.L. Les deux experts ont témoigné que la victime d'abus sexuel a une image négative d'elle-même et manque de confiance en elle. Rappelons que H.L. a dit s'être senti humilié et honteux et avoir eu du mal à se concentrer par suite des agressions, ce qui l'avait amené à quitter l'école précocement.

Both experts also identified the abuse as having triggered H.L.'s excessive drinking and addiction to alcohol. As I have already suggested, on either expert's testimony, the test in *Athey* was met.

The second inference drawn by the trial judge was that H.L.'s emotional problems and alcohol abuse reduced his capacity to secure and retain employment. On this point, Dr. Arnold, the defendant Canada's expert, testified on cross-examination by counsel for H.L. that sexual abuse would affect a victim's "work ethic":

Q: Would you think it likely that [sexual abuse by someone associated with the school system] would have affected [a victim's] work ethic?

A: Work ethic as in — perhaps to define that, I think what you're saying is his ability to hold work and be able to regularly show up and those kinds of things?

Q: Yes.

A: Yes, and I would refer to the chain of events I just referred to. You have an event, then — sorry, an event — I better be clear here — event of abuse, you have alcohol and, yes, indeed that chain of events would logically go there and —

No objection was taken to this testimony.

Mr. Stewart was asked on direct examination by counsel for H.L. whether self-esteem and self-confidence affected employability, and answered that he was "sure it would, yes". This testimony was allowed by the court, despite the objection taken by counsel for Canada, on the basis that it was within the realm of Mr. Stewart's (and Dr. Arnold's) expertise.

Canada's earlier objection to questions put in chief to Mr. Stewart regarding H.L.'s earning capacity had been sustained on the basis that Mr. Stewart was not a vocational expert. Without endorsing that finding, I find it sufficient to mention that both experts were allowed to express their opinions whether the emotional problems caused by Mr. Starr's abuse affected H.L.'s ability to find and keep a job, but not

128 Les deux experts ont également opiné que les abus sexuels avaient déclenché la consommation excessive d'alcool et la dépendance à cette substance intoxicante. Comme je l'ai déjà laissé entendre, sur la foi du témoignage de l'un ou l'autre des experts, le critère de l'arrêt *Athey* était respecté.

129 Suivant la deuxième inférence du juge de première instance, les difficultés émotionnelles de H.L. et sa consommation excessive d'alcool avaient réduit son aptitude au travail. Contre-interrogé à ce sujet par l'avocat de H.L., l'expert du procureur général du Canada, le D^r^ Arnold, a témoigné que l'abus sexuel nuisait à la « morale du travail » de la victime :

[TRADUCTION]

Q: Estimez-vous probable que [l'abus sexuel par une personne associé au système scolaire] nuise à la morale du travail [de la victime]?

R: La morale du travail, comme dans — peut-être pour la définir, je pense que vous parlez de sa capacité à conserver un emploi et à se présenter régulièrement au travail, et ce genre de chose?

Q: Oui.

R: Oui, et je me reporte à la suite des événements dont je viens de parler. Un événement se produit, puis — désolé, un événement — il vaut mieux préciser — un abus, il y a l'alcool et, oui, effectivement, la suite des événements aboutirait logiquement à cela et —

Ce témoignage n'a suscité aucune objection.

130 En interrogatoire principal, l'avocat de H.L. a demandé à M. Stewart si l'estime de soi et la confiance en soi avaient une incidence sur l'aptitude au travail. Sa réponse a été : [TRADUCTION] « bien sûr que oui ». Malgré l'objection formulée par l'avocat du procureur général du Canada, ce témoignage a été admis en preuve au motif qu'il relevait du domaine d'expertise de M. Stewart (et du D^r^ Arnold).

131 L'objection soulevée auparavant par le procureur général du Canada à l'égard des questions posées à M. Stewart en interrogatoire principal au sujet de la capacité de gain de H.L. avait été maintenue au motif que le témoin n'était pas un expert du domaine de l'emploi. Sans approuver cette conclusion, je me contente de faire remarquer que les deux experts ont pu exprimer leur opinion quant à savoir si les

whether they reduced his earning capacity when he did secure employment.

132 In addition, as already mentioned, there was an evidentiary basis for the trial judge's finding that alcoholism had affected H.L.'s earning capacity. H.L. himself testified that he was unable to sustain employment for more than five or six months due to his drinking problem, and that his lack of education, criminal record and alcoholism deterred employers from hiring him. This was, of course, a matter within H.L.'s personal experience, and the trial judge was entitled to give it appropriate weight.

133 There was thus sufficient evidence on the record to support the trial judge's findings that the sexual abuse of H.L. by Mr. Starr caused emotional problems and alcoholism, which in turn hindered H.L.'s efforts to hold down a job. On this evidence, a reasonable trier of fact could draw a causal inference. The trial judge therefore committed no reviewable error in awarding damages for loss of past earnings, and the Court of Appeal erred in setting aside that award.

(3) Loss of Past Earnings: Mitigation

134 The onus rests on the defendant to prove that the plaintiff failed to mitigate his loss: *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146, at p. 163. Here, the trial judge concluded that the Crown led no evidence on the issue of mitigation. The Court of Appeal pointed to H.L.'s failure to upgrade his education and training as well as his failure to enter rehabilitation as evidence that he failed to mitigate his loss (para. 232).

135 H.L. testified that he failed to upgrade his education because he had a poor memory and dropped out of an auto mechanics course after two months. This is consistent with the trial judge's finding that H.L.'s alcoholism, poor self-image and lack of confidence affected his ability to learn a trade and his ability to find and keep a job. This does not point to

problèmes émotionnels causés par les actes de M. Starr avaient nui à la capacité de H.L. de trouver et de conserver un emploi, et non s'ils avaient réduit sa capacité de gain lorsqu'il obtenait un emploi.

De plus, je le répète, la preuve étayait la conclusion du juge de première instance que l'alcoolisme de H.L. avait nui à sa capacité de gain. L'appelant a lui-même témoigné que son problème d'alcool l'empêchait de conserver un emploi plus de cinq ou six mois et que sa faible scolarité, son casier judiciaire et son alcoolisme rebutaient les employeurs. Ce témoignage relevait évidemment de l'expérience personnelle de H.L., et le juge de première instance pouvait à bon droit lui accorder l'importance voulue.

Le dossier renfermait suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la conclusion que les abus sexuels étaient à l'origine des problèmes émotionnels et de l'alcoolisme de H.L., lesquels avaient nui à ses efforts pour garder un emploi. Un juge des faits raisonnable pouvait, en se fondant sur ces éléments de preuve, tirer une inférence de causalité. Le juge de première instance n'a donc pas commis d'erreur susceptible de révision en accordant des dommages-intérêts pour la perte de revenus antérieure, et la Cour d'appel a eu tort d'annuler cet octroi.

(3) La perte de revenus antérieure : Limitation du préjudice

Il incombe au défendeur de prouver que le demandeur a omis de limiter le préjudice : *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146, p. 163. Dans la présente affaire, le juge de première instance a conclu que le procureur général du Canada n'avait présenté aucune preuve à cet égard. La Cour d'appel a opiné que l'omission de H.L. de parfaire son éducation et sa formation et de participer à un programme de réadaptation établissait l'absence de limitation du préjudice (par. 232).

H.L. a témoigné qu'il n'avait pas élevé son niveau d'instruction à cause de son peu de mémoire et qu'il avait abandonné un cours de mécanique automobile après deux mois. Cela concorde avec la conclusion du juge de première instance que l'alcoolisme, l'image négative de soi et le manque de confiance avaient empêché H.L. d'apprendre un métier, de

a failure to mitigate. And though the record is essentially silent regarding H.L.'s efforts at rehabilitation, it appears from his evidence at trial that he was at least then making an effort to abstain from any further consumption of alcohol.

Since the evidence as to H.L.'s mitigation of his damages was inconclusive at best, Canada's burden had not been discharged. The Court of Appeal therefore erred in reversing the trial judge's finding on this issue.

(4) Loss of Past Earnings: Incarceration

In calculating H.L.'s loss of past earnings, the trial judge did not reduce the damages awarded to reflect the time H.L. spent in prison. The Court of Appeal intervened in this respect — quite properly, in my view. As Cameron J.A. noted, to compensate an individual for loss of earnings arising from criminal conduct undermines the very purpose of our criminal justice system (paras. 240-41); an award of this type, if available in any circumstances, must be justified by exceptional considerations of a compelling nature and supported by clear and cogent evidence of causation.

The trial judge inferred that H.L.'s alcohol abuse, which was caused by the sexual abuse, "led to [his] numerous convictions on alcohol and theft related offences" (para. 29). As already noted, the inference that sexual abuse caused H.L.'s alcoholism is supported by the evidence. It is the relationship between H.L.'s alcoholism and his loss of earnings due to imprisonment that is the focus of my concern here: The question before the trial judge was not whether H.L. had committed certain crimes while drunk, but whether his ensuing incarceration was caused by his addiction to alcohol.

In examination-in-chief by H.L.'s counsel, Mr. Stewart testified that there is a relationship between sexual abuse and criminal conduct, in "that a number of individuals — in fact a wide number of

trouver un emploi et de le garder. On ne saurait y voir une omission de limiter le préjudice. Même si le dossier ne révèle essentiellement rien au sujet de ses efforts de réadaptation, le témoignage de H.L. au procès permettait de conclure qu'il avait tenté à tout le moins de mettre fin à sa consommation d'alcool.

136 La preuve s'étant révélée au mieux équivoque concernant la limitation du préjudice, le procureur général du Canada ne s'est pas acquitté de son fardeau de preuve. La Cour d'appel a donc eu tort d'écarter la conclusion qu'en avait tirée le juge de première instance.

(4) La perte de revenus antérieure : Incarcération

137 Dans son calcul de la perte de revenus antérieure, le juge de première instance n'a pas retranché de la période considérée le temps où H.L. avait été incarcéré. La Cour d'appel a eu tout à fait raison, à mon avis, d'intervenir à cet égard. Comme l'a fait remarquer le juge Cameron, indemniser une personne de la perte de revenus résultant d'un comportement criminel va à l'encontre de l'objet même de notre système de justice pénale (par. 240-241). Une telle indemnisation, lorsqu'elle peut être accordée, doit se fonder sur des motifs exceptionnels pressants et s'appuyer sur une preuve de causalité claire et convaincante.

138 Le juge de première instance a inféré que la consommation excessive d'alcool, imputable aux abus sexuels, [TRADUCTION] « avait amené » H.L. à commettre « de nombreuses infractions liées à l'alcool et au vol » (par. 29). Comme je l'ai déjà dit, l'inférence que les abus sexuels ont causé l'alcoolisme de H.L. est étayée par la preuve. C'est le lien entre l'alcoolisme de H.L. et la perte de revenus due à son incarcération qui m'intéresse en l'occurrence. Le juge de première instance n'avait pas à décider si H.L. avait commis certains crimes en état d'ébriété, mais bien si l'incarcération subséquente avait été causée par sa dépendance à l'alcool.

139 Lors de son interrogatoire principal par l'avocat de H.L., M. Stewart a témoigné qu'il y avait un lien entre l'abus sexuel et le comportement criminel, c'est-à-dire [TRADUCTION] « qu'un certain nombre

individuals, I don't have the exact number, who have been either physically or sexually abused in childhood, a great proportion of those end up being abusers themselves once they reach adulthood".

140 In cross-examination, Mr. Stewart explained that his statement concerned the likelihood that a child who is sexually abused will become an abuser as an adult. None of H.L.'s periods of incarceration related to charges of sexual abuse.

141 The expert evidence did not disclose a more general link between sexual abuse and criminality. Nor did the materials before the trial judge entitle him to conclude that those suffering from alcoholism were more inclined to commit crimes.

142 In any event, the chain of causation linking H.L.'s sexual abuse to his loss of income while incarcerated was interrupted by his intervening criminal conduct. During these periods, his lack of gainful employment was caused by his imprisonment, not by his alcoholism; and his imprisonment resulted from his criminal conduct, not from his abuse by Mr. Starr nor from the alcoholism which it was found to have induced.

143 Thus, on any view of the matter, the trial judge's finding that Mr. Starr's sexual abuse of H.L. caused his loss of income due to imprisonment is both contrary to judicial policy and unsupported by the evidence.

144 I would therefore dismiss H.L.'s appeal under this head.

(5) Loss of Past Earnings: Social Assistance

145 The Court of Appeal found, again correctly in my view, that the trial judge had erred in not deducting from H.L.'s award for loss of past earnings the social assistance payments he had received during the relevant period.

146 Klebuc J. found that H.L. "generally relied on social assistance to meet his needs" during the first

de personnes — en fait, un grand nombre de personnes, je n'ai pas les chiffres exacts, qui ont été victimes d'agressions physiques ou sexuelles dans leur enfance, une grande proportion de ces personnes deviennent elles-mêmes des agresseurs lorsqu'elles atteignent l'âge adulte ».

En contre-interrogatoire, M. Stewart a expliqué qu'il avait voulu parler de la probabilité qu'un enfant victime d'agression sexuelle devienne agresseur à l'âge adulte. Aucune des périodes d'incarcération de H.L. ne faisait suite à une accusation d'agression sexuelle.

La preuve d'expert ne révélait aucun lien plus général entre l'abus sexuel et la criminalité. Les éléments présentés au juge de première instance ne lui permettaient pas non plus de conclure qu'une personne alcoolique était plus encline à la criminalité.

Quoi qu'il en soit, le lien de causalité entre les abus sexuels et la perte de revenus pendant l'incarcération a été rompu par le comportement criminel de H.L. Durant les périodes en cause, l'absence d'emploi rémunérateur était due à l'emprisonnement, et non à l'alcoolisme, et cet emprisonnement résultait du comportement criminel de H.L., et non des actes de M. Starr ni de l'alcoolisme de H.L. qui avait découlé de ces actes selon la preuve.

Par conséquent, quel que soit le point de vue adopté, la conclusion du juge de première instance que les abus sexuels ont causé la perte de revenus due à l'incarcération n'est ni conforme aux principes judiciaires ni étayée par la preuve.

Je rejetterais donc ce volet du pourvoi.

(5) La perte de revenus antérieure : Aide sociale

Encore une fois, j'estime que la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge de première instance avait commis une erreur en ne déduisant pas des dommages-intérêts accordés pour la perte de revenus antérieure les prestations d'aide sociale touchées par H.L. pendant la période considérée.

Le juge Klebuc a conclu que, pendant la première période, H.L. [TRADUCTION] « avait

period for which he assessed damages for lost earnings, but did not account for those or any other social assistance payments in fixing his award (para. 64). With respect to the second period for which Klebuc J. assessed damages for lost earnings, he did, however, deduct the income earned by H.L.

This Court recently had occasion to consider whether social assistance payments are to be deducted from damage awards for lost earnings in *M.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 477, 2003 SCC 53. In that case, McLachlin C.J. affirmed the "common sense proposition that social assistance benefits are a form of wage replacement" and deductible at common law to avoid double recovery (para. 28).

Klebuc J. did not have the benefit of this Court's decision in *M.B.* His understandable — but nonetheless erroneous — failure to deduct social assistance benefits constitutes a severable error of principle: see *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, and *Housen.*

Unfortunately, the amount of social assistance received by H.L. during the first and second periods is not available on the record. In the absence of agreement between the parties, this calculation must therefore be left to the trial court for proof and determination.

(6) Loss of Future Earnings

Finally, the trial judge awarded H.L. $179,190 for loss of future earnings. The Court of Appeal set this award aside on the basis of what it found to be factual errors by the trial judge. With respect, I do not share the Court of Appeal's findings of factual error, but I do agree that the trial judge's disposition on this branch of the award lacked an evidentiary basis — quite unlike his award for loss of past earnings, which was supported by the evidence of H.L. and the expert witnesses called by H.L. and Canada.

généralement compté sur l'aide sociale pour subvenir à ses besoins »; il l'a indemnisé pour la perte de revenus sans déduire de la somme accordée le montant de ces prestations ou de toute autre aide obtenue (par. 64). En ce qui concerne la seconde période, il a déduit de l'indemnité accordée à ce chapitre le revenu gagné par H.L.

147 Récemment, dans *M.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 477, 2003 CSC 53, notre Cour a eu l'occasion d'examiner la question de savoir si les prestations d'aide sociale devaient être déduites de dommages-intérêts accordés pour la perte de revenus. La juge en chef McLachlin a fait sienne « la proposition sensée selon laquelle les prestations d'aide sociale constituent une forme de remplacement du revenu » et sont déductibles en common law pour qu'il n'y ait pas double indemnisation (par. 28).

148 Cet arrêt n'avait pas encore été rendu lorsque le juge Klebuc s'est prononcé en première instance. Compréhensible, mais néanmoins fautive, l'omission de déduire les prestations d'aide sociale constitue une erreur de principe dissociable : voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, et *Housen.*

149 Malheureusement, le montant de l'aide sociale touchée par H.L. au cours de la première période et de la seconde ne figure pas au dossier. Faute d'entente entre les parties, il appartiendra donc au tribunal de première instance d'examiner la preuve et de déterminer ce montant.

(6) La perte de revenus ultérieure

150 Enfin, le juge de première instance a accordé à H.L. des dommages-intérêts de 179 190 $ pour la perte de revenus ultérieure. La Cour d'appel a annulé sa décision sur le fondement d'erreurs qualifiées de factuelles. En toute déférence, je ne partage pas cet avis concernant l'existence d'erreurs factuelles, mais je conviens que ce volet de la décision n'était pas étayé par la preuve, contrairement à l'indemnité accordée pour la perte de revenus antérieure appuyée, elle, par le témoignage de H.L. et des experts des deux parties.

151 In quantifying the damages for loss of future earnings, the trial judge acknowledged explicitly that the parties had presented no evidence regarding H.L.'s future earning capacity (para. 70).

152 The finding that a person has had emotional and substance abuse problems which in the past have impacted on his earning capacity is not in itself a sufficient basis for concluding on the balance of probabilities that this state of affairs will endure indefinitely. To assume, without additional evidence, that H.L. will continue to suffer from substance abuse and emotional problems, will not upgrade his education or enter into rehabilitation, and will continue to have a reduced earning capacity, would be to do him an unnecessary and unwarranted disservice — particularly in the light of his own evidence that he had already at the time of trial taken steps to end his addiction to alcohol.

VI. Disposition

153 For all of these reasons, I would allow the appeal in part, with costs.

154 I would confirm the trial judge's award of pecuniary damages for loss of past earnings, but order that they be reduced to reflect the time the appellant spent in prison and the social assistance he received during the period covered by the award. In the absence of an agreement between the parties as to the amounts involved, they are to be fixed on an application by either party to the trial court.

155 Finally, I would dismiss the appeal with respect to the trial judge's award of damages for loss of future earnings.

The reasons of Bastarache, LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting in part) —

I. Overview

156 Appeals are creatures of statute; therefore, legislative — not judicial — policy choice must be

En évaluant le préjudice subi à ce chapitre, le juge de première instance a reconnu expressément que les parties n'avaient présenté aucun élément de preuve concernant la capacité de gain ultérieure de H.L. (par. 70).

Le fait qu'une personne a connu des problèmes émotionnels et de toxicomanie qui ont nui à sa capacité de gain ne permet pas à lui seul de conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu'il en sera toujours ainsi. Tenir pour acquis, sans autre élément de preuve, que H.L. continuera de souffrir de toxicomanie et de difficultés émotionnelles, qu'il ne parfera pas son éducation ni ne surmontera son alcoolisme, et que sa capacité de gain demeurera réduite, lui rendrait inutilement et injustement un bien mauvais service, surtout à la lumière de son témoignage selon lequel, au moment du procès, il avait déjà pris des mesures pour venir à bout de sa dépendance à l'alcool.

VI. Dispositif

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir en partie le pourvoi, avec dépens.

Je confirmerais donc les dommages-intérêts pécuniaires accordés par le juge de première instance pour la perte de revenus antérieure, mais j'ordonnerais leur réduction pour tenir compte du temps que l'appelant a passé en prison et des prestations d'aide sociale qu'il a touchées au cours de la période considérée. À défaut d'une entente entre les parties, les montants en cause devront être fixés sur demande présentée au tribunal de première instance par l'une ou l'autre des parties.

Enfin, je rejetterais le pourvoi en ce qui concerne les dommages-intérêts accordés par le juge de première instance pour la perte de revenus ultérieure.

Version française des motifs des juges Bastarache, LeBel et Deschamps rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident en partie) —

I. Vue d'ensemble

L'appel est une création de la loi; le choix de politique législative, et non judiciaire, doit donc

considered paramount. Moreover, because appeals in civil cases are founded on provincial legislation which may vary from one province to another, the rights of appeal and the powers of an appellate court to act on those rights will not necessarily be uniform across the country.

Among all of the statutes governing the powers of appellate courts in Canada, Saskatchewan's *Court of Appeal Act, 2000*, S.S. 2000, c. C-42.1, is the only one that relieves the Court of Appeal of any obligation to adopt the view of the evidence taken by the trial judge and directs it to act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves. This must "mean something". In my view, it means that in Saskatchewan, the nature of appellate review is by way of rehearing and not review for error.

In this appeal, we are particularly concerned with the conditions under which, in the context of an appeal by way of rehearing, the Court of Appeal will overrule a trial judge's factual inference. I contend that the court will overrule such an inference when it is not reasonable. While it can therefore be said that the standard of review in Saskatchewan for factual inferences is reasonableness, as I will demonstrate more fully in these reasons, it is awkward to speak in terms of a "standard of review" in that regard, given the fact that, in Saskatchewan, the Court of Appeal is not limited to a "review" of the lower court's decision but is, instead, directed to take its own view of the evidence. Nevertheless, for the purposes of my analysis in this context and to promote clarity, I will accept the use of "standard of review" language and agree that the standard applicable to factual inferences is indeed reasonableness.

On the facts of this case, I am of the view that the Court of Appeal did not misapply this standard when it set aside the trial judge's award of pecuniary damages. On the contrary, it correctly interfered in this regard because the factual inferences on which the damages award was based were unreasonable, as they were unsupported by the evidence. As will be further demonstrated, even if the more stringent standard adopted in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2

primer. En outre, étant donné que l'appel civil a ses assises dans les lois provinciales et que celles-ci peuvent varier d'une province à l'autre, le droit d'appel et le pouvoir de la cour d'appel de donner suite à l'exercice de ce droit ne seront pas nécessairement les mêmes dans tout le pays.

157 Parmi toutes les lois régissant les pouvoirs des cours d'appel au Canada, la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* de la Saskatchewan, L.S. 2000, ch. C-42,1, est la seule à soustraire la Cour d'appel à l'obligation d'accepter les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve et à lui enjoindre de se déterminer en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve. Cela doit « signifier quelque chose ». À mon avis, cela signifie que, en Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, et non de contrôle d'erreur (« *review for error* »).

158 Dans le présent pourvoi, nous nous intéressons particulièrement aux conditions auxquelles, dans le contexte d'un appel par voie de nouvelle audition, la Cour d'appel infirmera une inférence factuelle du juge de première instance. Je soutiens qu'elle le fera si l'inférence n'est pas raisonnable. Bien que l'on puisse donc affirmer que la norme de contrôle qui s'applique aux inférences factuelles en Saskatchewan est celle de la raisonnabilité, comme je l'explique plus en détail dans les présents motifs, il est incongru d'employer l'expression « norme de contrôle », car en Saskatchewan, la Cour d'appel n'a pas à s'en tenir au « contrôle » de la décision du tribunal inférieur, mais doit plutôt se livrer à sa propre appréciation de la preuve. Néanmoins, pour les besoins de mon analyse dans ce contexte et par souci de clarté, je consens à l'emploi de la terminologie des « normes de contrôle » et conviens que la norme applicable à l'inférence factuelle est bien celle de la raisonnabilité.

159 Vu les faits de l'espèce, j'estime que la Cour d'appel n'a pas mal appliqué cette norme en annulant les dommages-intérêts pécuniaires accordés par le juge de première instance. Au contraire, elle a eu raison de le faire, car les inférences factuelles qui sous-tendaient leur octroi étaient déraisonnables parce que non étayées par la preuve. Comme nous le verrons, même au regard de la norme plus stricte établie dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2

S.C.R. 235, 2002 SCC 33, applied here, I would still uphold the decision of the Court of Appeal.

II. Facts

160 The following facts, as found by the trial judge, are not in dispute.

161 H.L. is a status Indian within the meaning of the *Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, and is a member of the Gordon First Nation Reserve. When he was six months old, his father died, leaving his mother as the sole caregiver for 10 children of whom he was the youngest. His mother subsequently entered into a relationship with S.W. This relationship was punctuated with frequent physical abuse of H.L.'s mother by S.W. and excessive use of alcohol by both of them. During the first 12 years of his life, H.L.'s mother frequently moved her family between the Gordon First Nation Reserve and the Moscowegan First Nation Reserve of which S.W. was a member. These relocations were often precipitated by acts of violence on the part of S.W.

162 When H.L. resided at the Gordon First Nation Reserve, he attended a public school in Punnichy. At no time did he attend Gordon's Day School or reside at the Gordon Student Residence (formerly known as the Gordon Indian Residential School). However, in 1974 or 1975, he joined a boxing club on the Reserve that was operated by the Department of Indian and Northern Affairs and administered by William Starr. Starr was also the administrator of the Student Residence. During this period of time, Starr sexually assaulted the appellant by subjecting him to two acts of masturbation.

163 H.L. brought an action against Starr and the Government of Canada for damages suffered as a consequence of the abuse.

III. Judicial History

A. *Saskatchewan Court of Queen's Bench*

164 The trial judge, Klebuc J., found that the injuries and losses complained of by H.L. were attributable to Starr's assaults. Specifically, he stated that:

R.C.S. 235, 2002 CSC 33, appliquée en l'espèce, je serais quand même d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel.

II. Faits

Constatés par le juge de première instance, les faits suivants ne sont pas contestés.

Indien inscrit au sens de la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, H.L. est membre de la Première nation de Gordon. Il était âgé de six mois lorsque son père est décédé et que sa mère a dû s'occuper seule de dix enfants dont il était le cadet. Sa mère s'est par la suite engagée avec S.W. dans une relation marquée d'abus physiques fréquents à son endroit et de consommation excessive d'alcool par eux deux. Les douze premières années de la vie de H.L. ont été ponctuées de fréquents allers-retours de la famille entre la réserve de la Première nation de Gordon et celle de la Première nation de Moscowegan, dont S.W. était membre. Décidés par la mère de H.L., ces déplacements faisaient souvent suite à des actes de violence de la part de S.W.

Lorsqu'il habitait la réserve de la Première nation de Gordon, H.L. allait à l'école publique de Punnichy. Il n'a jamais fréquenté l'école de jour de Gordon ni habité la résidence d'élèves de Gordon (l'ancien pensionnat indien). Cependant, en 1974 ou en 1975, il s'est inscrit à un club de boxe de la réserve dont le fonctionnement était assuré par le ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, et la gestion par William Starr. Ce dernier était également l'administrateur de la résidence d'élèves. C'est à l'occasion de la participation de H.L. aux activités du club que M. Starr l'a agressé sexuellement en le soumettant à deux actes de masturbation.

H.L. a intenté contre M. Starr et le gouvernement du Canada une action en indemnisation du préjudice subi par suite des abus sexuels.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*

En première instance, le juge Klebuc a conclu que le préjudice allégué par H.L. était attribuable aux agressions commises par M. Starr. Plus précisément, il a affirmé :

[H.]L. unquestionably suffered enormous humiliation, self-blame and loss of self-worth as a consequence of Starr's sexual abuse and such emotional problems in turn caused him to lose interest in pursuing an education, due in part to his inability to concentrate. Immediately after the second assault, he commenced excessive alcohol consumption which in turn led to numerous convictions on alcohol and theft related offences, including convictions between 1978 and 2000 for driving while disqualified and driving while impaired. These difficulties, as well as his difficulty with being "emotionally close" with women, in my view are attributable to Starr's sexual abuse of him. To the extent his dysfunctional family or [S.]W.'s misconduct may be viewed as a cause, I am of the opinion that Starr's abuse is such an extraordinary occurrence that it constitutes a novus actus interveniens which severed any chain of causation that may have existed between the aforementioned causes and the damages ultimately experienced by [H.]L.

(*H.L. v. Canada (Attorney General)* (2001), 208 Sask. R. 183, 2001 SKQB 233, at para. 29)

Consequently, Klebuc J. granted the appellant judgment against Starr, as well as the Government of Canada, since he found that the criteria for the imposition of vicarious liability on the Government of Canada had been met.

As for H.L.'s entitlement to damages, the trial judge concluded that H.L. was entitled to non-pecuniary damages of $60,000 for the emotional distress he suffered and will continue to suffer as a consequence of Starr's abuse and aggravated damages of $20,000 for the humiliation and indignation he suffered as a result of Starr's conduct. Klebuc J. also concluded that H.L. was willing and able to work but for his emotional and alcohol-related problems, which were attributable to Starr's sexual abuse. Therefore, the trial judge awarded the appellant $117,337.09 for the past loss of income earning capacity and $179,190 for future loss. This latter amount was based solely on the evidence relating to H.L.'s past earning capacity. Finally, Klebuc J. awarded H.L. punitive damages against Starr in the amount of $20,000.

In supplemental reasons, Klebuc J. held that H.L. was entitled to claim pre-judgment interest against

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que [H.]L. a ressenti une grande humiliation, s'en est pris à lui-même et a perdu son estime de soi par suite des abus sexuels commis par M. Starr, et ces difficultés émotionnelles l'ont amené à se désintéresser de ses études, en partie à cause de son incapacité à se concentrer. Dès après la deuxième agression, il s'est mis à consommer de l'alcool de façon abusive, ce qui l'a amené à commettre de nombreuses infractions liées à l'alcool et au vol. Entre 1978 et 2000, par exemple, il a été reconnu coupable de conduite sans permis et de conduite avec facultés affaiblies. Ces ennuis, ainsi que sa difficulté à « établir des liens affectifs » avec une femme, sont attribuables, selon moi, aux abus sexuels. Dans la mesure où sa famille dysfonctionnelle ou le comportement répréhensible de [S.]W. peuvent être considérés comme une cause du préjudice, j'estime que les actes de M. Starr ont été un événement si extraordinaire qu'ils constituent un novus actus interveniens rompant tout lien de causalité entre cette cause et le préjudice ultime de [H.]L.

(*H.L. c. Canada (Attorney General)* (2001), 208 Sask. R. 183, 2001 SKQB 233, par. 29)

Estimant remplies les conditions auxquelles une personne peut être tenue responsable du fait d'autrui au Canada, le juge Klebuc a donc donné gain de cause à l'appelant contre M. Starr et le gouvernement du Canada.

165 Pour ce qui est de l'indemnité, le juge de première instance a conclu que H.L. avait droit à des dommages-intérêts non pécuniaires de 60 000 $ pour la détresse émotionnelle dont il avait souffert, et dont il continuerait de souffrir, à cause des abus sexuels, ainsi qu'à des dommages-intérêts majorés de 20 000 $ pour l'humiliation et l'indignation causées par ces actes. Le juge Klebuc a également conclu que H.L. aurait été désireux et en mesure de travailler n'eût été ses difficultés émotionnelles et ses problèmes liés à l'alcool depuis les abus sexuels. Il a donc accordé à l'appelant 117 337,09 $ pour la perte de capacité de gain antérieure et de 179 190 $ pour la perte de capacité de gain ultérieure. Ce dernier octroi reposait uniquement sur la preuve relative à la capacité de gain antérieure de H.L. Enfin, il a condamné M. Starr à des dommages-intérêts punitifs de 20 000 $.

166 Dans des motifs complémentaires, le juge Klebuc a statué que H.L. pouvait exiger de chacun des

each defendant from the date he served his statement of claim: see *H.L. v. Canada (Attorney General)* (2001), 210 Sask. R. 114, 2001 SKQB 233.

B. *Saskatchewan Court of Appeal*

167 The Attorney General of Canada appealed to the Court of Appeal on the ground that the trial judge erred in holding the Government of Canada vicariously liable for Starr's acts. The Attorney General of Canada also made the following alternative submissions: (i) the award of damages for emotional distress was excessive; (ii) the award of damages for loss of earning capacity, past and future, was ill-founded; and (iii) the award of pre-judgment interest was contrary to law. H.L. cross-appealed, taking issue with the trial judge's assessment of damages and claiming that, together with pre-judgment interest, he was entitled to damages in the amount of $527,000.

168 Cameron J.A., writing for the Court of Appeal, began his reasons for judgment with a review of the statutory framework for appeals and their adjudication in the province of Saskatchewan, and he came to the following conclusion:

> On appeal from a decision of a judge of the Court of Queen's Bench sitting without a jury, taken pursuant to sections 7(2)(a) and 13 of the *Court of Appeal Act, 2000*, it is the duty of the court acting under section 14 of the *Act* to rehear the case in the context of the grounds of appeal and make up its own mind, not disregarding the judgment appealed from, and giving special weight to that judgment in cases where the credibility of witnesses comes into question, but with full liberty to draw its own inferences from the facts proved or admitted, and to decide accordingly . . . .

(*H.L. v. Canada (Attorney General)* (2002), 227 Sask. R. 165, 2002 SKCA 131, at para. 77) ("*H.L.* (C.A.)")

In coming to this conclusion, Cameron J.A. was cognizant of the divide that is setting in between the adjudicative framework suggested by the general standards of appellate review and that provided by *The Court of Appeal Act, 2000*; however, he

défendeurs de l'intérêt avant jugement à compter de la signification de sa déclaration : voir *H.L. c. Canada (Attorney General)* (2001), 210 Sask. R. 114, 2001 SKQB 233.

B. *Cour d'appel de la Saskatchewan*

Le procureur général du Canada a interjeté appel devant la Cour d'appel au motif que le juge de première instance avait eu tort de conclure à la responsabilité du gouvernement du Canada pour les actes de M. Starr. Il a également présenté les arguments subsidiaires suivants : (i) les dommages-intérêts accordés pour la détresse émotionnelle étaient exorbitants; (ii) l'indemnisation des pertes de capacité de gain antérieure et ultérieure était sans fondement; (iii) l'octroi de l'intérêt avant jugement était contraire à la loi. Contestant l'évaluation du préjudice par le juge de première instance et alléguant que, avec l'intérêt avant jugement, il avait droit à des dommages-intérêts de 527 000 $, H.L. a formé un pourvoi incident.

Dans ses motifs rendus au nom de la Cour d'appel, après un examen des dispositions applicables aux appels et à leur règlement dans la province de la Saskatchewan, le juge Cameron est arrivé à la conclusion suivante :

> [TRADUCTION] Lorsque la décision d'un juge de la Cour du Banc de la Reine siégeant sans jury est portée en appel sur le fondement de l'al. 7(2)a) et de l'art. 13 de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, la Cour d'appel doit, suivant l'art. 14 de cette loi, réentendre l'affaire en fonction des motifs d'appel et se former sa propre opinion en tenant compte du jugement porté en appel et en lui accordant une importance particulière lorsque la crédibilité d'un témoin est en cause, tout en jouissant de l'entière liberté de tirer ses propres inférences des faits prouvés ou reconnus, et rendre une décision en conséquence . . .

(*H.L. c. Canada (Attorney General)* (2002), 227 Sask. R. 165, 2002 SKCA 131, par. 77) (« *H.L.* (C.A.) »)

En tirant cette conclusion, le juge Cameron était conscient du fossé qui se creusait entre les paramètres découlant des normes générales de révision en appel et ceux prévus par la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* pour le règlement d'un appel. Il a néanmoins

maintained that while, in other provinces, appeal may be by way of review for error, in Saskatchewan, appeals have traditionally been and today still are by way of rehearing.

Turning to the grounds of appeal advanced by the parties, Cameron J.A. dismissed the Attorney General of Canada's appeal as it related to the trial judge's conclusion that the Government of Canada was vicariously liable, entitling H.L. to $80,000 in non-pecuniary damages. However, Cameron J.A. allowed the Attorney General of Canada's appeal in relation to the trial judge's awards of pecuniary damages for past and future loss of earning capacity and pre-judgment interest. As to the pecuniary damages award, Cameron J.A., taking his own view of the evidence, concluded that the basic evidentiary foundation for the award was lacking. In addition to this fundamental error, Cameron J.A. also found that the trial judge erred in four respects in his calculation of the award: (i) the trial judge failed to consider the plaintiff's duty to mitigate; (ii) he unreasonably concluded that the plaintiff did not have a "crumbling skull" and therefore attributed too much to Starr's wrongful acts in his assessment of pecuniary damages; (iii) he did not reduce the damages award to reflect the time H.L. was incarcerated; and (iv) he failed to account for the social assistance payments H.L. received during the relevant period.

As for H.L.'s cross-appeal, Cameron J.A. dismissed it except as it related to H.L.'s claim of damages for the cost of future care. The court allowed H.L.'s appeal in this regard, and awarded him $6,500.

H.L. applied to the Court of Appeal pursuant to s. 37 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, for leave to appeal to this Court on the following grounds:

(1) What is the correct standard of review of the appellate court of a province, and is that standard different for the appellate court of Saskatchewan?

opiné que même si, dans les autres provinces, il peut donner lieu à un contrôle d'erreur, en Saskatchewan, le règlement d'un appel s'effectue encore et toujours par voie de nouvelle audition.

169 Le juge Cameron a ensuite examiné les motifs d'appel invoqués par les parties. Il a rejeté l'appel du procureur général du Canada visant la conclusion du juge de première instance selon laquelle le gouvernement du Canada était responsable des actes de M. Starr et H.L. avait droit à des dommages-intérêts non pécuniaires de 80 000 $. Il a cependant accueilli l'appel quant aux dommages-intérêts pécuniaires accordés pour les pertes de capacité de gain antérieure et ultérieure, et à l'intérêt avant jugement. En ce qui concerne les dommages-intérêts pécuniaires, le juge Cameron, se fondant sur sa propre appréciation de la preuve, a conclu que leur montant ne s'appuyait sur aucun élément de preuve. Outre cette erreur fondamentale, il a estimé que le juge de première instance avait commis quatre erreurs dans le calcul de la somme accordée : (i) il n'avait pas pris en considération l'obligation du demandeur de limiter le préjudice; (ii) il avait conclu, de manière déraisonnable, que la vulnérabilité du demandeur n'était pas déjà active, de sorte qu'il avait accordé trop d'importance aux actes répréhensibles de M. Starr en établissant les dommages-intérêts pécuniaires; (iii) il n'avait pas retranché de la période considérée le temps que H.L. avait passé en prison; (iv) il n'avait pas tenu compte des prestations d'aide sociale touchées par H.L. pendant cette période.

170 Quant à l'appel incident de H.L., le juge Cameron l'a rejeté sauf en ce qui concerne les soins futurs, pour lesquels il lui a accordé 6 500 $ à titre de dommages-intérêts.

171 Sur le fondement de l'art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, H.L. a demandé à la Cour d'appel l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour relativement aux questions suivantes :

(1) Quelle norme de révision la cour d'appel d'une province doit-elle appliquer, et cette norme est-elle différente pour la Cour d'appel de la Saskatchewan?

(2) Did the Saskatchewan Court of Appeal misapply that standard regarding:

a) expert witnesses;

b) pecuniary damages?

172 In his reasons for judgment on the application, Bayda C.J.S. noted that the scope of the Court of Appeal's powers was uncertain at present and that this controversy must be resolved: (2003), 238 Sask. R. 167, 2003 SKCA 78. Therefore, he granted H.L. leave to appeal to this Court on the grounds stipulated. He also granted the Attorney General of Canada leave to cross-appeal on the ground that the court erred in its determination that the Government of Canada was vicariously liable for Starr's acts; however, the Attorney General of Canada discontinued the cross-appeal, and it was not argued before us.

IV. Analysis

A. *The Nature and Standard of Appellate Review in Saskatchewan for Questions of Fact*

(1) Introduction

173 Before beginning my analysis regarding my view of the applicable standard of appellate review in Saskatchewan for questions of fact, it is necessary to clarify what I respectfully perceive to be some confusion unfortunately apparent regarding the meaning of the term "appeal by way of rehearing".

174 Because the word "rehearing" can be used in a number of different senses, to avoid confusion three situations need to be identified and explained: (1) appeal by way of review (for error); (2) appeal by way of rehearing; and (3) a rehearing which is a new trial or occasionally a new appeal, also known as a *de novo* hearing: see A. A. S. Zuckerman, *Civil Procedure* (2003), at pp. 761-62. On an appeal by way of review, the appeal court's duty is limited to a review of the lower court's decision, and it may only interfere in limited circumstances identified by reference to the standard of review applicable to the particular type of question before the court (i.e., questions of fact, law or mixed fact and law):

(2) La Cour d'appel de la Saskatchewan a-t-elle mal appliqué cette norme à l'égard :

a) des témoins experts;

b) des dommages-intérêts pécuniaires?

Dans ses motifs afférents à la demande d'autorisation, le juge en chef Bayda a fait observer que l'étendue des pouvoirs de la Cour d'appel était alors incertaine et que la question devait être résolue : (2003), 238 Sask. R. 167, 2003 SKCA 78. Il a donc accueilli la demande d'autorisation de pourvoi de H.L. pour les motifs indiqués. Il a également autorisé le procureur général du Canada à former un pourvoi incident au motif que la Cour d'appel aurait eu tort de conclure à la responsabilité du gouvernement du Canada pour les actes de M. Starr; abandonné, l'appel incident n'a toutefois pas été plaidé devant nous.

IV. Analyse

A. *La nature de la révision en appel et la norme de révision en appel applicable à l'égard d'une question de fait en Saskatchewan*

(1) Introduction

Avant d'entreprendre l'analyse de la norme de révision en appel applicable à l'égard d'une question de fait en Saskatchewan, quelques éclaircissements s'imposent pour dissiper la confusion que semble malheureusement créer l'expression « appel par voie de nouvelle audition ».

Étant donné que l'expression « nouvelle audition » ou « nouvelle audience » (« *rehearing* ») peut être employée dans plusieurs sens différents, afin d'éviter toute confusion, des précisions s'imposent sur les trois procédures d'appel : (1) le contrôle d'erreur; (2) la nouvelle audition; (3) la nouvelle audition consistant à instruire l'affaire à nouveau ou, à l'occasion, à reprendre l'appel, également appelée audition *de novo* : voir A. A. S. Zuckerman, *Civil Procedure* (2003), p. 761-762. Dans le cadre d'un appel par voie de contrôle, la cour d'appel doit s'en tenir à l'examen de la décision du tribunal inférieur et ne peut intervenir qu'à certaines conditions, selon la norme de contrôle applicable au type de question dont elle

Zuckerman, at p. 762. In general, in Canada appeals are conducted by way of review: see, e.g., *Housen*.

In contrast, on an appeal by way of rehearing, the court is not limited to a scrutiny of the lower court's decision but is expected to form its own judgment on the issues: Zuckerman, at p. 769. In the case at bar, the Saskatchewan Court of Appeal held that this is the type of appeal that is available for civil matters tried by a judge alone in that province. In its reasons for judgment, the Court of Appeal described the difference between an appeal by way of rehearing and an appeal by way of review for error as follows:

> Rehearing is oriented to the decision upon the merits of the case. Review for error is oriented to the process by which the decision is made.

(*H.L.* (C.A.), at para. 86)

Finally, an appeal by way of rehearing must be distinguished from the last category of appeal types — an appeal by way of a hearing *de novo*. As recently noted by the Australian High Court, an appeal by way of rehearing does not involve a completely fresh hearing by the appellate court of all the evidence: see *Fox v. Percy* (2003), 214 C.L.R. 118, [2003] HCA 22, at para. 22. Instead, the court "proceeds on the basis of the record and any fresh evidence that, exceptionally, it admits".

It is especially important not to conflate the concept of an appeal by way of rehearing with an actual rehearing or a "retrial" (a.k.a. an appeal by way of a hearing *de novo*); however, with respect, it appears to me that in certain passages in his reasons for judgment in this case, my colleague Fish J. may have done so. For instance, at para. 15 of his reasons, Fish J. states that "[n]othing in the record before us, in the relevant provisions of the Act, nor in the Court of Appeal's own earlier appreciation of its proper role suggests to me that it has now been invested with a general jurisdiction to 'rehear' trials — that is, to apply a 'rehearing' standard when it reviews judgments at trial." As explained above, it is my view that there is a significant difference between "rehearing" trials (i.e., conducting a *de novo* hearing) and

est saisie (question de fait, de droit ou mixte de fait et de droit) : Zuckerman, p. 762. Au Canada, l'appel est généralement instruit par voie de contrôle : voir p. ex. l'arrêt *Housen*.

175 Par contre, lorsqu'elle procède par voie de nouvelle audition, la cour d'appel n'est pas confinée à l'examen de la décision du tribunal inférieur, mais doit se former sa propre opinion sur les questions en litige : Zuckerman, p. 769. En l'espèce, la Cour d'appel de la Saskatchewan a statué que telle était la procédure d'appel applicable à une affaire civile instruite par un juge seul dans cette province. Dans ses motifs, la Cour d'appel a distingué l'appel par voie de nouvelle audition de l'appel par voie de contrôle d'erreur :

> [TRADUCTION] La nouvelle audition vise la décision au fond. Le contrôle d'erreur vise la procédure à l'issue de laquelle la décision est rendue.

(*H.L.* (C.A.), par. 86)

176 Enfin, l'appel par voie de nouvelle audition doit être distingué d'avec l'appel par voie d'audition *de novo*. Comme l'a récemment indiqué la Haute Cour d'Australie, l'appel par voie de nouvelle audition ne suppose pas que l'on réentende l'ensemble de la preuve : voir *Fox c. Percy* (2003), 214 C.L.R. 118, [2003] HCA 22, par. 22. En fait, la cour d'appel [TRADUCTION] « se fonde sur le dossier et sur tout nouvel élément qu'il lui arrive, exceptionnellement, d'admettre en preuve ».

177 Il est particulièrement important de ne pas confondre l'appel par voie de nouvelle audition avec le fait de réentendre l'affaire ou de l'instruire à nouveau (appel par voie d'audition *de novo*); cependant, en toute déférence, il me semble que mon collègue le juge Fish a pu le faire dans certains passages de ses motifs. Au paragraphe 15, par exemple, il dit que « [n]i le dossier qui nous a été présenté ni les dispositions pertinentes de la Loi ni l'appréciation de son rôle par la Cour d'appel elle-même ne me permettent de conclure que cette dernière est désormais investie du pouvoir général de "réentendre" une affaire, c'est-à-dire de se prononcer sur un jugement de première instance à l'issue d'une "nouvelle audition". » Comme je l'explique précédemment, je crois qu'il existe une grande différence entre « réentendre »

applying a "rehearing" standard when reviewing judgments at trial (i.e., conducting an appeal by way of "rehearing").

178 Similarly, at para. 52 of his reasons, Fish J. notes that "[i]n the absence of a clear statutory mandate to the contrary, appellate courts do not 'rehear' or 'retry' cases." As briefly noted above, in the case at bar, the Court of Appeal concluded that, in Saskatchewan, on an appeal from a decision of a trial judge without a jury, the appeal is by way of rehearing, the Court of Appeal being directed to "make up its own mind, not disregarding the judgment appealed from, and giving special weight to that judgment in cases where the credibility of witnesses comes into question, but with full liberty to draw its own inferences from the facts proved or admitted, and to decide accordingly": *H.L.* (C.A.), at para. 77 (emphasis added). In my opinion, in *H.L.* (C.A.), it is clear that when the Court of Appeal asserted that appeals in Saskatchewan are heard by way of rehearing, it was not claiming it has the power to conduct retrials or *de novo* hearings; rather, it was saying that it was not limited to a review of the lower court's decision but could instead direct its attention to the merits of the case (para. 86). I would immediately note that this language can be somewhat confusing because, as I shall explain later, a Court of Appeal will only interfere where it finds that the trial judge committed some error. There is always a degree of deference to trial judges in an appeal by way of rehearing.

179 With this semantic issue hopefully clarified, I will proceed with my analysis of the applicable standard of appellate review in Saskatchewan for questions of fact. I will begin with a review of the provisions of *The Court of Appeal Act, 2000* at issue in this appeal — namely ss. 7(2)(a) and 13, which pertain to the right of appeal, and ss. 12 and 14, which pertain to the powers of the Court of Appeal to act on that right — and I will apply the modern interpretation rule set out by E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, to ss. 13 and 14

une affaire (tenue d'une audition *de novo*) et réviser un jugement de première instance au regard de la norme de la « nouvelle audition » (instruction d'un appel par voie de « nouvelle audition »).

De même, au par. 52 de ses motifs, le juge Fish signale que, « [à] moins que le législateur ne lui confère clairement le pouvoir de le faire, une cour d'appel ne "réentend" pas une affaire ni ne l'"instruit à nouveau". » Comme je l'ai déjà expliqué brièvement, la Cour d'appel a conclu en l'espèce que, en Saskatchewan, l'appel de la décision d'un juge de première instance siégeant sans jury était instruit par voie de nouvelle audition. Il lui incombait alors de [TRADUCTION] « se former sa propre opinion en tenant compte du jugement porté en appel et en lui accordant une importance particulière lorsque la crédibilité d'un témoin est en cause, tout en jouissant de l'entière liberté de tirer ses propres inférences des faits prouvés ou reconnus, et [de] rendre une décision en conséquence » : *H.L.* (C.A.), par. 77 (je souligne). Il me paraît clair qu'en affirmant ainsi que l'appel était instruit par voie de nouvelle audition en Saskatchewan, la Cour d'appel ne prétendait pas pouvoir reprendre le procès ou procéder à une audition *de novo*. Elle disait plutôt que son rôle n'était pas limité au contrôle de la décision du tribunal inférieur, mais qu'elle pouvait au contraire se pencher sur le fond de l'affaire (par. 86). Je signale d'emblée que ces propos peuvent quelque peu prêter à confusion parce que, comme je l'explique plus loin, une cour d'appel n'intervient que si elle estime que le juge de première instance a commis une erreur. Un certain degré de déférence envers le juge de première instance s'impose toujours dans un appel par voie de nouvelle audition.

Ce problème de sémantique étant, je l'espère, résolu, je me penche maintenant sur la norme de révision en appel applicable à une question de fait dans la province en cause. J'examinerai tout d'abord les dispositions de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* visées en l'espèce — soit l'al. 7(2)a) et l'art. 13, relatifs au droit d'appel, et les art. 12 et 14, portant sur le pouvoir de la Cour d'appel de donner suite à l'exercice de ce droit —, puis j'appliquerai aux art. 13 et 14 la règle d'interprétation moderne énoncée par E. A. Driedger dans *Construction of Statutes*

in particular in order to determine if they vest the Saskatchewan Court of Appeal with the jurisdiction to conduct appeals by way of rehearing or by way of review for error. After identifying the nature of appellate review in Saskatchewan, I will consider the effect of judicial policy concerns in relation to the court's exercise of its review powers in certain circumstances. I will then offer my conclusion regarding the standard of appellate review in Saskatchewan for questions of fact, and I will endeavour to reconcile past jurisprudence with this conclusion.

(2) Statutory Framework

(a) *Background*

Before commencing my analysis of the appropriate interpretation of the statutory provisions at issue in this appeal, it is necessary to make note of two background points that will influence my reasoning in this regard.

First, as noted by La Forest J. in *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, at pp. 69-70:

> Appeals are solely creatures of statute; see *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at p. 1773. There is no inherent jurisdiction in any appeal court. Nowadays, however, this basic proposition tends at times to be forgotten. Appeals to appellate courts and to the Supreme Court of Canada have become so established and routine that there is a widespread expectation that there must be some way to appeal the decision of a court of first instance. But it remains true that there is no right of appeal on any matter unless provided for by the relevant legislature.

(See also *Fox v. Percy*, at para. 20.)

Because appeals are creatures of statute, legislative — not judicial — policy choice must be considered paramount: see, e.g., *Farm Credit Corp. v. Valley Beef Producers Co-operative Ltd.* (2002), 223 Sask. R. 236, 2002 SKCA 100, at para. 34. Moreover, because appeals in civil cases are founded on provincial legislation, which may vary from one province to another, it must be accepted that the rights of appeal and the powers of the court to act on those rights will not necessarily be uniform across

(2e éd. 1983), p. 87, afin de déterminer s'ils confèrent à la Cour d'appel de la Saskatchewan le pouvoir d'instruire un appel par voie de nouvelle audition ou par voie de contrôle d'erreur. Une fois déterminée la nature de la révision en appel en Saskatchewan, j'examinerai l'incidence des considérations de politique judiciaire sur l'exercice du pouvoir de révision de la Cour d'appel dans certaines circonstances. J'exposerai ensuite ma conclusion sur la norme de révision en appel applicable à une question de fait en Saskatchewan, puis je m'efforcerai de la concilier avec la jurisprudence existante.

(2) Cadre législatif

a) *Contexte*

Avant de me pencher sur la juste interprétation 180
des dispositions législatives en cause, deux éléments de contexte qui influenceront mon raisonnement doivent être signalés.

Premièrement, comme l'a fait observer le juge 181
La Forest dans l'arrêt *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, p. 69-70 :

> Les appels ne sont qu'une création de la loi écrite; voir l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, à la p. 1773. Une cour d'appel ne possède pas de compétence inhérente. De nos jours toutefois, on a parfois tendance à oublier ce principe fondamental. Les appels devant les cours d'appel et la Cour suprême du Canada sont devenus si courants que l'on s'attend généralement à ce qu'il existe un moyen quelconque d'en appeler de la décision d'un tribunal de première instance. Toutefois, il demeure qu'il n'existe pas de droit d'appel sur une question sauf si le législateur compétent l'a prévu.

(Voir également *Fox c. Percy*, par. 20.)

L'appel étant une création de la loi, le choix de politique législative, et non judiciaire, doit primer : voir, p. ex., *Farm Credit Corp. c. Valley Beef Producers Co-operative Ltd.* (2002), 223 Sask. R. 236, 2002 SKCA 100, par. 34. En outre, étant donné que l'appel civil a ses assises dans les lois provinciales et que celles-ci peuvent varier d'une province à l'autre, il faut accepter que le droit d'appel et le pouvoir de la cour d'appel de donner suite à l'exercice de ce droit ne seront pas nécessairement les mêmes dans tout

the country. Thus, when considering the appropriate interpretation of statutory appeal provisions, such as those at issue in this case, it is necessary to have regard for such statutory variations and differences in appeal traditions as may exist between provinces: *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 36.

182 Second, s. 10 of *The Interpretation Act, 1995*, S.S. 1995, c. I-11.2, reads as follows:

Every enactment shall be interpreted as being remedial and shall be given the fair, large and liberal construction and interpretation that best ensure the attainment of its objects.

As noted by the Court of Appeal in *Valley Beef Producers Co-operative*, s. 10 of *The Interpretation Act* tells us that the provisions of *The Court of Appeal Act, 2000*, including those pertaining to both the right of appeal and the powers of the court, must be "construed and interpreted liberally to the end of fulfilling their legislative objectives or, to put it another way, to the ultimate end of implementing the legislative policy they reflect": *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 43; see also *H.L.* (C.A.), at para. 14.

(b) *Statutory Provisions at Issue*

183 The following provisions of *The Court of Appeal Act, 2000* are at issue in this appeal:

7 . . .

(2) Subject to subsection (3) and section 8, an appeal lies to the court from a decision:

(a) of the Court of Queen's Bench or a judge of that court;

12(1) On an appeal, the court may:

(a) allow the appeal in whole or in part;

(b) dismiss the appeal;

(c) order a new trial;

(d) make any decision that could have been made by the court or tribunal appealed from;

le pays. Ainsi, pour dégager la juste interprétation de dispositions législatives en la matière, comme celles visées en l'espèce, il faut tenir compte des variations et des différences existant d'une province à l'autre au chapitre des dispositions et des usages en matière d'appel : *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 36.

Deuxièmement, l'art. 10 de la *Loi d'interprétation de 1995*, L.S. 1995, ch. I-11,2, est libellé comme suit :

Chaque texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large et libérale qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel dans *Valley Beef Producers Co-operative*, suivant l'art. 10 de la *Loi d'interprétation*, les dispositions de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, notamment celles se rapportant au droit d'appel et aux pouvoirs de la Cour d'appel, doivent être [TRADUCTION] « interprétées largement afin de favoriser la réalisation de l'objectif législatif, c'est-à-dire la mise en œuvre ultime de la politique législative qui les sous-tend » : *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 43; voir aussi *H.L.* (C.A.), par. 14.

b) *Dispositions législatives en cause*

Les dispositions suivantes de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* sont en cause dans le présent pourvoi :

7 . . .

(2) Sous réserve du paragraphe (3) et de l'article 8, appel peut être interjeté à la Cour d'une décision :

a) de la Cour du Banc de la Reine ou d'un juge de cette cour;

12(1) Sur appel, la Cour peut :

a) accueillir l'appel en tout ou en partie;

b) rejeter l'appel;

c) ordonner la tenue d'un nouveau procès;

d) rendre toute décision qui aurait pu être rendue par la Cour ou le tribunal qui a prononcé la décision frappée d'appel;

(e) impose reasonable terms and conditions in a decision; and

(f) make any additional decision that it considers just.

(2) Where the court sets aside damages assessed by a jury, the court may assess any damages that the jury could have assessed.

13 Where issues of fact have been tried, or damages have been assessed, by a trial judge without a jury, any party is entitled to move against the decision of the trial judge, by motion for a new trial or otherwise:

(a) within the same time that is allowed in cases of trial or assessment of damages by a jury; and

(b) on the same grounds, including objections against the sufficiency of the evidence, or the view of the evidence taken by the trial judge, that are allowed in cases of trial or assessment of damages by a jury.

14 On an appeal from, or on a motion against, the decision of a trial judge or on any rehearing, the court is not obliged to grant a new trial or to adopt the view of the evidence taken by the trial judge, but the court shall act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves, and the court may draw inferences of fact and pronounce the decision that, in its judgment, the trial judge ought to have pronounced.

Sections 7(2)(a) and 13 pertain to the right of appeal and ss. 12 and 14 pertain to the powers of the court. In the course of my analysis of the statutory provisions at issue, I will focus on s. 13 of the Act, given that it specifically pertains to the right of appeal when issues of fact have been tried by a judge alone and that the particular issue in this appeal is the standard of appellate review for questions of fact, and s. 14, given that it provides the remedy associated with the right conferred by s. 13.

(c) *Did the Province Act Within Its Authority When It Enacted The Court of Appeal Act, 2000?*

Before commencing the substantive portion of my analysis of the appropriate interpretation of the statutory provisions at issue in this appeal, as a preliminary point, it is important to note that the Saskatchewan legislature acted within its authority

e) assortir une décision de modalités et de conditions raisonnables;

f) rendre toute autre décision qu'elle estime juste.

(2) Lorsqu'elle annule des dommages-intérêts adjugés par un jury, la Cour peut évaluer tous dommages-intérêts que le jury aurait pu évaluer.

13 Lorsqu'un juge du procès siégeant sans jury a rendu sa décision sur une question de fait ou évalué les dommages-intérêts, une partie peut attaquer la décision, notamment par voie de motion visant la tenue d'un nouveau procès :

a) dans le même délai que celui qui est prévu dans les cas où le procès a été tenu devant jury ou que les dommages-intérêts ont été évalués par un jury;

b) pour les mêmes moyens, y compris pour insuffisance de preuve ou en raison des conclusions qu'en a tirées le juge, que ceux qui sont autorisés dans les cas où le procès a été tenu devant jury ou que les dommages-intérêts ont été évalués par un jury.

14 Lorsque la décision d'un juge du procès est portée en appel ou qu'une motion est présentée à cet égard, ou lors d'une nouvelle audience, la Cour n'est pas tenue d'ordonner la tenue d'un nouveau procès ou d'accepter les conclusions que le juge du procès a tirées de la preuve. La Cour se détermine en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve et peut tirer les inférences factuelles et rendre la décision qu'aurait dû rendre, à son avis, le juge du procès.

184 L'alinéa 7(2)a) et l'art. 13 touchent au droit d'appel, et les art. 12 et 14, aux pouvoirs de la Cour d'appel. Je mettrai l'accent sur l'art. 13, étant donné qu'il établit précisément le droit d'appel conféré lorsqu'un juge seul s'est prononcé sur une question de fait et que le litige porte en l'espèce sur la norme de révision en appel applicable à une question de fait, ainsi que sur l'art. 14, qui prévoit les mesures à prendre relativement au droit conféré à l'art. 13.

c) *La province avait-elle compétence pour adopter la Loi de 2000 sur la Cour d'appel?*

185 Avant d'aborder la question substantielle de la juste interprétation des dispositions législatives en cause dans le présent pourvoi, il importe de préciser que le législateur de la Saskatchewan avait le pouvoir d'adopter la *Loi de 2000 sur la Cour*

when it enacted *The Court of Appeal Act, 2000*. Specifically, the constitutional authority for this Act is founded on the exclusive provincial jurisdiction over property and civil rights and the administration of justice: see *Constitution Act, 1867*, ss. 92(13) and 92(14). Although I made note of this point earlier, in my view it is also important to reiterate here that, because appeal rights and powers for civil matters are generally a matter of provincial jurisdiction, the different common law jurisdictions across Canada need not have the same nature or standards of appellate review. As noted by the Attorney General of Canada in his written submissions, just as it is with all of the heads of provincial power under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*, the exercise of the power over property and civil rights and the administration of justice is destined to result in different approaches to similar issues. One need only look to the various provincial statutes pertaining to limitation of actions, contributory negligence, juries and no-fault accident insurance schemes as examples of this. Therefore, in my view it is clear that interprovincial variation in the nature and standards of appellate review is both possible and acceptable in our federal system.

(d) *Statutory Interpretation*

186 A determination of the standard of appellate review in Saskatchewan for questions of fact turns on the interpretation given to the provisions of *The Court of Appeal Act, 2000* quoted above. On numerous occasions, this Court has confirmed that the preferred approach to statutory interpretation is that set out by Driedger, at p. 87:

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

187 Despite this Court's adherence to this approach to statutory interpretation, as noted by this Court in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 28, the interpretive factors enumerated by

d'appel. En fait, son fondement constitutionnel résidait dans la compétence exclusive des provinces en matière de propriété et de droits civils et d'administration de la justice : voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(13) et (14). Il m'apparaît aussi important de rappeler, dans la mesure où les droits et les pouvoirs en matière civile relèvent généralement de la compétence provinciale, que ni la nature de la révision en appel ni les normes de révision en appel n'ont à être les mêmes dans les différents ressorts de common law du Canada. Le procureur général du Canada l'a également signalé dans son mémoire, l'exercice des pouvoirs en matière de propriété et de droits civils et d'administration de la justice, comme de tous ceux qui sont énumérés à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, apporte nécessairement des solutions différentes à des problèmes semblables. Il suffit pour s'en convaincre de consulter les lois provinciales sur la prescription, la négligence contributive, les jurys et l'assurance-accidents sans égard à la responsabilité. À mon avis, il est donc clair que la variation, d'une province à l'autre, de la nature de la révision en appel et des normes de révision en appel est possible et acceptable dans notre système fédéral.

d) *Interprétation législative*

La norme de révision applicable en appel à l'égard d'une question de fait en Saskatchewan dépend de la manière dont on interprète les dispositions précitées de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*. Notre Cour a dit maintes fois que la méthode d'interprétation à privilégier est celle qu'énonce Driedger, à la p. 87 :

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

Notre Cour adhère certes à cette méthode, mais point n'est besoin d'appliquer à la lettre les facteurs d'interprétation énumérés par Driedger, d'autant qu'ils sont étroitement liés et interdépendants : *Chieu c. Canada (Ministre de la*

Driedger need not be applied in a formulaic fashion, particularly because they are closely related and interdependent.

As explained earlier, in the course of my analysis of the appropriate interpretation of the statutory provisions at issue in this appeal, I will focus on ss. 13 and 14 the Act. I will first consider the grammatical and ordinary sense of the words used in these two sections. I will then proceed to read these sections in their broader context. This inquiry will include an examination of (i) the object of the Act, (ii) the object of the specific legislative provisions that form the statutory framework for the business of appeal, and (iii) the historical foundations of the Act.

(i) Grammatical and Ordinary Sense

1. *Section 13*

Section 13 augments the right of appeal conferred by s. 7(2)(a), "[w]here issues of fact have been tried, or damages have been assessed, by a trial judge without a jury." In particular, s. 13(b) sets out the grounds upon which a party can object to the decision of the trial judge. On an ordinary and grammatical reading of this paragraph, it is clear that it sets out two distinct grounds. First, s. 13(b) incorporates by reference the same grounds of objection that are allowed in cases of trial or assessment of damages by a jury, including the sufficiency of the evidence. Second, para. (b) expands the scope of an appeal from a decision of a judge alone beyond the scope of an application for a new trial following a trial by jury by entitling a party to object to the view of the evidence taken by the trial judge. The fact that s. 13(b) provides a party with two discrete grounds for objection is supported by the legislature's use of the word "or" between "the sufficiency of the evidence" and "the view of the evidence taken by the trial judge". As noted by the Court of Appeal, because the two grounds for objection are expressed in the alternative, given the presumption against tautology, they are presumed not to be saying the same thing: *H.L.* (C.A.), at para. 22; see also R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 158-62.

Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 28.

188 Je l'ai déjà dit, mon analyse de la juste interprétation des dispositions législatives en cause porte essentiellement sur les art. 13 et 14 de la Loi. J'examinerai d'abord le sens grammatical et ordinaire des mots qui y sont employés, puis j'interpréterai ces dispositions dans leur contexte général. L'examen portera sur (i) l'objet de la Loi, (ii) l'objet des dispositions établissant le cadre législatif de l'appel et (iii) les fondements historiques de la Loi.

(i) Sens grammatical et ordinaire

1. *Article 13*

189 L'article 13 ajoute au droit d'appel que confère l'al. 7(2)a) « [l]orsqu'un juge du procès siégeant sans jury a rendu sa décision sur une question de fait ou évalué les dommages-intérêts. » Plus particulièrement, l'al. 13b) précise les moyens pour lesquels une partie peut attaquer la décision du juge de première instance. Selon le sens ordinaire et grammatical des mots qui y sont employés, deux moyens se dessinent clairement. Premièrement, l'al. 13b) intègre par renvoi les moyens de contestation autorisés lorsque le procès a eu lieu devant un jury ou que les dommages-intérêts ont été évalués par un jury, y compris l'insuffisance de la preuve. Deuxièmement, il confère à l'appel formé contre la décision d'un juge seul une portée plus grande que celle de la demande d'un nouveau procès après le verdict d'un jury en permettant à une partie de contester les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve. La conclusion que l'al. 13b) confère deux moyens distincts s'appuie sur l'emploi de la conjonction « ou » entre « pour insuffisance de preuve » et « en raison des conclusions qu'en a tirées le juge ». Comme l'a signalé la Cour d'appel, les deux moyens étant énoncés dans une alternative et l'absence de tautologie étant présumée, les deux motifs ne sont pas censés être synonymes : *H.L.* (C.A.), par. 22; voir aussi R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 158-162.

2. *Section 14*

190 On an ordinary reading of s. 14, it is clear that it relieves the court of any obligation "to adopt the view of the evidence taken by the trial judge" and directs the court in imperative terms to "act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves". The section then goes on to empower the court in permissive terms to "draw inferences of fact" and to "pronounce the decision that, in its judgment, the trial judge ought to have pronounced": see also *H.L.* (C.A.), at paras. 28 and 63.

191 For reasons that will be more fully explained below, I agree with the Court of Appeal that the nature of powers conferred on the court by s. 14, in light of the right of appeal established by s. 13, are associated with appeal by way of rehearing and not retrial or review for error as generally understood. Not only do I agree with the Court of Appeal's understanding of the nature of the powers conferred on the court by s. 14, I also respectfully disagree with Fish J.'s reading of this section in two respects.

192 First, at para. 82 of his reasons, Fish J. focuses on the use of the word "rehearing" in s. 14 and concludes that, given the context of the Act and especially s. 16(1), it is clear that this does not confer on the Court of Appeal the power to "rehear" trials; it simply provides that the powers available to the court on an appeal are available on the rehearing of an appeal, which would occur in the event of the resignation of two or more judges who heard the initial appeal, for example.

193 As a preliminary point, and with respect, I wish to re-emphasize that, contrary to Fish J.'s assertion in para. 82 and elsewhere, the Court of Appeal did not claim it had the power to "rehear" trials; it claimed it had the power to conduct an appeal by way of rehearing rather than review for error. Semantic issues aside, I agree with Fish J. that s. 14 does provide that the powers available to the court on an appeal are available on the rehearing of an appeal. However, I do not agree that the use of the word "rehearing" in s. 14 assists in determining the nature of appellate review in Saskatchewan. In my

2. *Article 14*

Selon le sens ordinaire des mots qui y sont employés, l'art. 14 soustrait manifestement la Cour d'appel à l'obligation « d'accepter les conclusions que le juge du procès a tirées de la preuve » et lui enjoint impérativement de « se détermine[r] en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve ». L'article prévoit ensuite que la Cour d'appel peut « tirer [d]es inférences factuelles » et « rendre la décision qu'aurait dû rendre, à son avis, le juge du procès » : voir aussi *H.L.* (C.A.), par. 28 et 63.

Pour les plus amples motifs exposés ci-après, je conviens avec la Cour d'appel que les pouvoirs qui lui sont conférés à l'art. 14, compte tenu du droit d'appel prévu à l'art. 13, sont propres à l'appel par voie de nouvelle audition, et non à la reprise de l'instruction ni au contrôle d'erreur au sens où on l'entend généralement. Non seulement je partage l'avis de la Cour d'appel sur la nature des pouvoirs que lui accorde l'art. 14, mais, en toute déférence, je ne peux souscrire à l'interprétation de cette disposition que préconise le juge Fish, et ce, pour deux raisons.

Premièrement, au par. 82 de ses motifs, le juge Fish relève l'emploi de l'expression « nouvelle audience » à l'art. 14 et conclut, au vu de l'ensemble de la Loi et du par. 16(1) en particulier, que la Cour d'appel n'a manifestement pas le pouvoir de « réentendre » une affaire. Selon lui, l'art. 14 dit simplement que les pouvoirs dont elle dispose en appel peuvent être exercés lors de la nouvelle audition d'un appel devenue nécessaire, par exemple, après la démission d'au moins deux des juges qui ont entendu l'appel initial.

À titre préliminaire et malgré tout le respect que je dois au juge Fish, je rappelle que, contrairement à ce qu'il dit dans ses motifs, au par. 82 notamment, la Cour d'appel n'a pas prétendu avoir le pouvoir de « réentendre » une affaire; elle a dit pouvoir instruire un appel par voie de nouvelle audition plutôt que par voie de contrôle d'erreur. Abstraction faite des questions de sémantique, je partage l'opinion du juge Fish selon laquelle l'art. 14 prévoit effectivement que les pouvoirs dont dispose la Cour d'appel lors d'un appel peuvent être exercés lors de la nouvelle audition d'un appel. Cependant, je ne pense pas que

respectful view, the use of the word "rehearing" in s. 14 is a "red herring", so to speak, in that it is not relevant to an inquiry into the nature of appellate review in Saskatchewan. In order to determine the nature of appellate review in Saskatchewan (i.e., whether appeals are conducted by way of rehearing or review for error), one must examine the powers conferred on the court by s. 14 from a functional perspective. As I will explain later, when viewed functionally, it is clear that the powers conferred by s. 14 vest the court with the power to conduct an appeal by way of rehearing.

I also respectfully take issue with Fish J.'s use of other provincial statutes to read down *The Court of Appeal Act, 2000*. For instance, at para. 87, Fish J. states:

> ... I think it evident that the jurisdiction of the Saskatchewan Court of Appeal to review inferences of fact drawn by the trial judge is hardly exceptional, let alone unique. Other provincial or territorial courts of appeal are granted similar powers, expressly or implicitly, by their governing statutes. The *2000 Act* simply sets out those powers in more detail than some.

As noted previously, interprovincial variation in the nature and standards of appellate review is acceptable in our federal system, and I agree with the Court of Appeal's reasoning in this regard:

> The provinces, of course, constitute discrete jurisdictions for the purpose at hand. Hence, the nature of appeal may differ from one jurisdiction to the next. So, too, may the right of appeal, which may be more or less limited, and the powers of the appeal courts, which may be more or less extensive. It is well to bear this in mind so as not to inadvertently import something from another jurisdiction which, however apt in that jurisdiction, may be inapt in this one.

(*H.L.* (C.A.), at para. 31)

On an ordinary reading of s. 14 of the Act, this section frees the Court of Appeal from the view of the evidence taken by the trial judge and empowers it to draw its own inferences of fact. In my view, the powers conferred on the court by s. 14 are associated with an appeal by way of rehearing, and this makes the Saskatchewan Act unique. In

l'emploi de l'expression « nouvelle audience » à l'art. 14 doive être pris en considération pour déterminer la nature de la révision en appel en Saskatchewan. À mon humble avis, il s'agit en quelque sorte d'un leurre, cette expression n'étant pas pertinente à cet égard. Pour déterminer si les appels sont réglés par voie de nouvelle audition ou de contrôle d'erreur, il faut examiner d'un point de vue fonctionnel les pouvoirs conférés à l'art. 14. Comme je l'explique plus loin, de ce point de vue, il ne fait aucun doute que l'art. 14 confère à la Cour d'appel le pouvoir d'instruire un appel par voie de nouvelle audition.

194 En toute déférence, je ne suis pas d'accord non plus avec l'utilisation, par le juge Fish, des lois d'autres provinces pour interpréter la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*. Il dit par exemple au par. 87 :

> Il me paraît donc évident que le pouvoir de la Cour d'appel de la Saskatchewan de réviser les inférences de fait tirées par le juge de première instance est loin d'être exceptionnel, encore moins unique. D'autres cours d'appel provinciales ou territoriales sont expressément ou implicitement investies de pouvoirs similaires par leurs lois constitutives. La *Loi de 2000* énonce simplement ces pouvoirs plus en détail ...

195 Comme je l'ai déjà mentionné, notre système fédéral admet que la nature de la révision en appel et les normes de révision en appel diffèrent d'une province à l'autre, et je fais mien le raisonnement de la Cour d'appel à cet égard :

> [TRADUCTION] Il va de soi que les provinces constituent des ressorts distincts quant à la question qui nous intéresse. La nature de la révision en appel peut ainsi varier de l'une à l'autre. Il en va de même du droit d'appel, qui peut être plus ou moins limité, et des pouvoirs des cours d'appel, qui peuvent être plus ou moins étendus. Il faut se le rappeler afin de ne pas importer par inadvertance un élément qui n'est approprié que dans un autre ressort.

(*H.L.* (C.A.), par. 31)

196 Suivant le sens ordinaire de l'art. 14 de la Loi, la Cour d'appel n'a pas à faire siennes les conclusions tirées de la preuve par le juge de première instance et peut tirer ses propres inférences de fait. Selon moi, les pouvoirs que cet article confère à la Cour d'appel participent de la nature d'un appel par voie de nouvelle audition, ce qui rend unique le régime de

fact, these powers were once described by Gordon J.A. in *Hallberg v. Canadian National Railway Co.* (1955), 16 W.W.R. 538 (Sask. C.A.), at p. 544, as "the widest powers given an appellate court in Canada". Moreover, I agree with the intervener Attorney General for Saskatchewan that a review of the statutes governing the powers of other appellate courts in Canada today confirms that no other jurisdiction in Canada has a provision equivalent to s. 14. For instance, while British Columbia, Alberta, Manitoba, Ontario and Prince Edward Island do allow their courts of appeal to draw inferences of fact, except for the British Columbia and Alberta courts of appeal, the circumstances in which they are permitted to do so are limited, and, more importantly, only the Saskatchewan legislation relieves the Court of Appeal of any obligation to adopt the view of the evidence taken by the trial judge and directs it to act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves: see *Court of Appeal Act*, R.S.B.C. 1996, c. 77, s. 9(2); *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, r. 518(c); *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 134(4)(a); *The Court of Appeal Act*, R.S.M. 1987, c. C240, s. 26(2); *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1987, c. 66, s. 56(4)(a). This does not mean that the Court of Appeal can ignore the findings of the trial judge; I will deal with this issue later.

197 Because the unique nature of appellate review in Saskatchewan is apparent on an ordinary reading of s. 14, and interprovincial variation in the nature and standards of appellate review is acceptable in our federal system, it is inappropriate to rely upon other provincial statutes to read down *The Court of Appeal Act, 2000*.

(ii) Broader Context

198 I will now proceed to examine ss. 13 and 14 of *The Court of Appeal Act, 2000* in their broader context. In order to do so, I will explore the following contextual factors: (i) the object of the Act, (ii) the object of the specific legislative provisions that form the statutory framework for appeals, and (iii) the historical foundations of the Act and ss. 13 and 14

la Saskatchewan. En fait, ces pouvoirs ont déjà été qualifiés des [TRADUCTION] « plus étendus jamais accordés à une juridiction d'appel au Canada » : *Hallberg c. Canadian National Railway Co.* (1955), 16 W.W.R. 538 (C.A. Sask.), p. 544, le juge Gordon. De plus, je conviens avec le procureur général de la Saskatchewan que l'examen des lois régissant à l'heure actuelle les pouvoirs des autres cours d'appel confirme qu'il n'existe au pays aucune disposition équivalente à l'art. 14. Par exemple, la Colombie-Britannique, l'Alberta, le Manitoba, l'Ontario et l'Île-du-Prince-Édouard autorisent bien leurs cours d'appel à tirer des inférences de fait, mais à l'exception des cours d'appel de la Colombie-Britannique et de l'Alberta, les circonstances dans lesquelles elles peuvent le faire sont limitées et, ce qui importe davantage, seule la loi de la Saskatchewan soustrait la Cour d'appel à l'obligation d'accepter les conclusions tirées de la preuve par le juge de première instance et lui enjoint de se déterminer en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve : voir *Court of Appeal Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 77, par. 9(2); *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, règle 518c); *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, al. 134(4)a); *Loi sur la Cour d'appel*, L.R.M. 1987, ch. C240, par. 26(2); *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1987, ch. 66, al. 56(4)a). La Cour d'appel ne peut cependant pas faire fi des conclusions du juge de première instance. J'y reviendrai.

Le sens ordinaire des mots employés à l'art. 14 faisant ressortir la singularité de l'appel en Saskatchewan et notre système fédéral admettant les différences entre les provinces en ce qui concerne la nature de la révision en appel et les normes de révision en appel, on ne peut se fonder sur les lois des autres provinces pour interpréter restrictivement la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*.

(ii) Contexte général

Je passe maintenant à l'examen des art. 13 et 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* dans leur contexte général. Pour ce faire, j'analyserai les facteurs contextuels suivants : (i) l'objet de la Loi, (ii) l'objet des dispositions établissant le cadre législatif de l'appel et (iii) les fondements historiques de la Loi et des art. 13 et 14 en particulier. J'en conclurai que, en

in particular. I will conclude that this contextual examination confirms that the nature of appellate review in Saskatchewan is by way of rehearing and not review for error.

1. *The Object of The Court of Appeal Act, 2000*

I agree with the Court of Appeal that the principal object of *The Court of Appeal Act, 2000*, "aside from continuing the Court of Appeal for Saskatchewan, is to confer rights of appeal, as in sections 7 and 13, and to empower the court to act on those rights, as in sections 12 and 14": *H.L.* (C.A.), at para. 11. I also agree that rights of appeal are substantive rights of major importance to persons who find themselves before the courts and tribunals, and that the fullness of a right to appeal depends on the fullness of the powers of the court to act on it (para. 13). Thus, in this context, in determining the scope of powers conferred on the Court of Appeal by the Act, it is necessary to keep in mind the object of the right of the appeal: *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 45.

With this in mind, I will now turn to an examination of the object of the specific legislative provisions that form the statutory framework for appeals in Saskatchewan.

2. *The Object of the Specific Legislative Provisions That Form the Statutory Framework for Appeals in Saskatchewan*

a. Section 7(2)(a)

As noted by the Court of Appeal in this case, the right of appeal conferred by s. 7(2)(a) is expressed to be subject to ss. 7(3) and 8; however, in this instance, because neither of these sections apply, s. 7(2)(a) confers an unlimited right of appeal upon a party proceeding in the Court of Queen's Bench: *H.L.* (C.A.), at para. 15; *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 49.

In *Valley Beef Producers Co-operative*, the Court of Appeal noted that although they are highly trained and competent, judges of the Court of Queen's Bench may on occasion fail in relation to one or more

Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, et non par voie de contrôle d'erreur.

1. *L'objet de la Loi de 2000 sur la Cour d'appel*

199 Je conviens avec la Cour d'appel que le principal objet de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, [TRADUCTION] « outre le maintien de la Cour d'appel de la Saskatchewan, est de conférer des droits d'appel (p. ex. aux art. 7 et 13) et d'investir la Cour d'appel du pouvoir de donner suite à leur exercice (p. ex. aux art. 12 et 14) » : *H.L.* (C.A.), par. 11. Je suis aussi d'avis que le droit d'appel est un droit substantiel de grande importance pour la personne qui se retrouve devant une cour de justice ou un tribunal et que son étendue dépend de celle du pouvoir de la cour d'appel d'y donner suite (par. 13). Dans ce contexte, pour déterminer la portée du pouvoir que la Loi confère à la Cour d'appel, il faut donc se rappeler l'objet du droit d'appel : *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 45.

200 Cela dit, je passe à l'objet des dispositions établissant le cadre législatif de l'appel en Saskatchewan.

2. *L'objet des dispositions établissant le cadre législatif de l'appel en Saskatchewan*

a. Alinéa 7(2)a)

201 Comme l'a signalé la Cour d'appel dans la présente affaire, le libellé de l'al. 7(2)a) prévoit que le droit d'appel conféré est assujetti au par. 7(3) et à l'art. 8. En l'espèce, toutefois, aucune de ces deux dispositions ne s'applique, de sorte que l'al. 7(2)a) confère un droit d'appel illimité à la personne qui est partie à une instance devant la Cour du Banc de la Reine : *H.L.* (C.A.), par. 15; *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 49.

202 Dans *Valley Beef Producers Co-operative*, la Cour d'appel a fait remarquer que, même s'ils sont chevronnés et compétents, les juges de la Cour du Banc de la Reine peuvent parfois commettre une

components of judicial decision making, or fail on the whole to pronounce such judgment or make such order as the dispute requires: *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 50. In this context, the legislature created the right of appeal found in s. 7(2)(a), the object of which is "[t]o provide parties to proceedings in the Court of Queen's Bench with the most comprehensive and effective means of redress possible in relation to such failures."

b. Section 13

203 As explained previously, s. 13 augments the right of appeal conferred by s. 7(2)(a), "[w]here issues of fact have been tried, or damages have been assessed, by a trial judge without a jury." In particular, s. 13(b) sets out two distinct grounds upon which a party can object to the decision of the trial judge: (1) the same grounds of objection that are allowed in cases of trial or assessment of damages by a jury, including the sufficiency of evidence; and (2) the view of the evidence taken by the trial judge.

204 I agree with the Court of Appeal in *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 63, that "the object of [this] section may be seen to lie in expanding the scope of the grounds upon which a party is entitled to object in relation to issues of fact tried by judge alone". This strongly suggests that decisions of judges are not to be treated as the equivalent of jury verdicts in terms of the nature and standard of appellate review.

205 In sum, I agree with the Court of Appeal that in cases such as the one at bar, ss. 7(2)(a) and 13 provide parties with a facially unlimited right of appeal, which has first and foremost to do with relief from error: *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 65.

c. Section 12(1)

206 As noted by the Court of Appeal in *Valley Beef Producers Co-operative*, "[t]he legislature, in empowering the Court of Appeal for Saskatchewan

erreur à l'une ou à plusieurs des étapes du processus décisionnel judiciaire ou, globalement, ne pas rendre le jugement ou l'ordonnance qu'exige le règlement du litige : *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 50. C'est dans ce contexte que le législateur a établi le droit d'appel prévu à l'al. 7(2)a), dont l'objet est [TRADUCTION] « [d]'offrir aux parties à une instance devant la Cour du Banc de la Reine les voies de recours les plus complètes et les plus efficaces possible à l'égard de telles erreurs. »

b. Article 13

Comme je l'ai expliqué précédemment, l'art. 13 ajoute au droit d'appel conféré à l'al. 7(2)a), « [l]orsqu'un juge du procès siégeant sans jury a rendu sa décision sur une question de fait ou évalué les dommages-intérêts. » Plus particulièrement, l'al. 13b) dispose qu'une partie peut attaquer la décision du juge de première instance : (1) pour les moyens de contestation autorisés lorsque le procès a eu lieu devant un jury ou que les dommages-intérêts ont été évalués par un jury, y compris l'insuffisance de preuve, et (2) en raison des conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve.

Je partage l'opinion de la Cour d'appel dans *Valley Beef Producers Co-operative* : [TRADUCTION] « l'on peut conclure que [cet] article vise à accroître la portée des moyens pour lesquels une partie peut contester la décision d'un juge seul portant sur une question de fait » (par. 63). Ce qui laisse clairement entendre que la décision d'un juge ne doit pas être tenue pour équivalente au verdict d'un jury en ce qui concerne la nature de la révision en appel et la norme de révision en appel.

Je conviens donc avec la Cour d'appel que dans un cas comme celui considéré en l'espèce, l'al. 7(2)a) et l'art. 13 accordent aux parties un droit d'appel à première vue illimité visant avant tout la réparation d'une erreur : *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 65.

c. Paragraphe 12(1)

Comme l'a fait observer la Cour d'appel dans *Valley Beef Producers Co-operative*, [TRADUCTION] « [e]n investissant la Cour d'appel de la Saskatchewan

as it did in s. 12(1) could hardly have expressed itself in broader terms": para. 70. In the case at bar, the Court of Appeal noted in particular the scope of clauses (d) and (f), which empower the court, in turn, to "make any decision that could have been made by the court . . . appealed from" and "make any additional decision that it considers just". Given the nature of all judicial decision making, the Court of Appeal concluded, and I agree, that the exercise of these particular powers "entails ascertaining the material facts by one method or another, identifying the governing law, and applying the law to the facts as in the judgment of the court seems right": *H.L.* (C.A.), at para. 27. Besides their breadth, the powers conferred on the court by s. 12(1) are also generally remedial in nature, in that their object is to empower the court "to redress error or deficiency in relation to the resolution of the controversy in the first instance with a view to setting matters right": *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 70.

d. Section 14

As I have mentioned previously, s. 14 frees the Court of Appeal from the view of the evidence taken by the trial judge and directs it to act on its own view of what the evidence proves. In the course of so doing, the court may draw inferences of fact and pronounce the decision that, in its judgment, the trial judge ought to have pronounced. In light of the clear conferral of these broad powers, I am of the view that the object of s. 14 is to relieve the Court of Appeal from the strictures pertaining to a motion for a new trial following a jury verdict: *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 78. As noted by the Court of Appeal in the case at bar, a party can object to a jury verdict on the grounds of misdirection, the improper reception or rejection of evidence, unfairness in the proceedings and insufficiency of the evidence relative to the verdict: *H.L.* (C.A.), at para. 19. However, it may not object to the view of the evidence taken by the jury. As explained by Culliton J.A. (as he then was) in *Taylor v. University of Saskatchewan* (1955), 15 W.W.R. 459 (Sask. C.A.), at p. 463, when objecting to a jury verdict, "[t]he issue . . . is not whether

des pouvoirs prévus au par. 12(1), le législateur aurait pu difficilement s'exprimer de manière plus générale » : par. 70. En l'espèce, la Cour d'appel a insisté tout particulièrement sur la portée des al. d) et f) qui, pour leur part, lui permettent de « rendre toute décision qui aurait pu être rendue par la Cour [. . .] qui a prononcé la décision frappée d'appel » et de « rendre toute autre décision qu'elle estime juste ». Vu la nature de tout processus décisionnel judiciaire, la Cour d'appel a conclu, et je suis d'accord avec elle, que l'exercice de ces pouvoirs particuliers [TRADUCTION] « comprend l'établissement des faits pertinents à l'aide d'une méthode ou d'une autre, la détermination du droit applicable et l'application du droit aux faits de la manière qu'elle estime juste » : *H.L.* (C.A.), par. 27. Outre leur étendue, les pouvoirs conférés au par. 12(1) ont généralement une vocation réparatrice, leur objet étant d'habiliter la Cour d'appel [TRADUCTION] « à réparer une erreur ou une lacune entachant le règlement du litige en première instance, et ce, en vue de rétablir les choses » : *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 70.

d. Article 14

Je le répète, l'art. 14 soustrait la Cour d'appel à 207
l'obligation d'accepter les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve et lui enjoint de se déterminer en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve. Ce faisant, la Cour d'appel peut tirer des inférences de fait et rendre la décision qu'aurait dû rendre, à son avis, le juge de première instance. Étant donné l'attribution non équivoque de ces larges pouvoirs, j'estime que l'art. 14 vise à libérer la Cour d'appel des contraintes applicables à la demande d'un nouveau procès après le verdict d'un jury : *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 78. Comme l'a signalé la Cour d'appel en l'espèce, une partie peut contester le verdict d'un jury en alléguant le caractère erroné des directives, l'irrégularité de l'acceptation ou du refus d'un élément de preuve, l'iniquité de la procédure ou l'insuffisance de la preuve appuyant le verdict : *H.L.* (C.A.), par. 19. Elle ne peut toutefois pas contester les conclusions que le jury a tirées de la preuve. Comme l'a expliqué le juge Culliton (plus tard Juge en chef) dans *Taylor c. University of Saskatchewan* (1955),

the court agrees with the finding of the jury, but whether the jury, if acting judicially, might properly reach the decision which it did."

e. Conclusion

208 After examining the object of the specific legislative provisions that form the statutory framework for appeals in Saskatchewan, in my view it is clear that the legislature intended to provide parties to proceedings in the Court of Queen's Bench with the most comprehensive and effective means to address error in any component of a trial decision, including the view of the evidence taken by the trial judge. As will become clearer after an examination of the historical foundations of the Act, this particular type of appellate review is consistent with an appeal by way of rehearing — not merely by way of review for error. For instance, in the context of a case involving a trial judge's exercise of discretion, Jonathan Parker L.J. noted that "a decision by the appeal court to proceed by way of rehearing frees it from such constraints [involved in an appeal by way of review] and allows it to exercise the discretion afresh in circumstances where it would have been unable to do so had the appeal proceeded in the normal way, by way of review": *Audergon v. La Baguette Ltd.*, [2002] E.W.J. No. 78 (QL), [2002] EWCA Civ 10, at para. 85. Nevertheless, the powers granted must be exercised in a manner consistent with applicable and proper judicial policy. This is addressed later.

3. *Historical Foundations*

209 In my opinion, an examination of the historical foundations of *The Court of Appeal Act, 2000* and ss. 13 and 14 in particular confirms that the nature of appellate review in Saskatchewan is by way of rehearing, not review for error.

a. Historical Foundations of the Act

210 In *Valley Beef Producers Co-operative*, the Court of Appeal had occasion to describe the

15 W.W.R. 459 (C.A. Sask.), p. 463, lorsqu'une partie conteste le verdict d'un jury, [TRADUCTION] « [l]a question [. . .] n'est pas de savoir si la cour est d'accord avec la conclusion du jury, mais bien si le jury, agissant judiciairement, pouvait à bon droit arriver à une telle conclusion. »

e. Conclusion

Après avoir examiné l'objet des dispositions établissant le cadre législatif de l'appel en Saskatchewan, il me paraît clair que le législateur a voulu offrir aux parties à une instance devant la Cour du Banc de la Reine les voies de recours les plus complètes et les plus efficaces possible pour réparer toute erreur entachant un élément ou un autre de la décision de première instance, y compris les conclusions tirées de la preuve. Comme le montrera l'examen des fondements historiques de la Loi, ce type particulier d'appel est compatible avec l'instruction par voie de nouvelle audition, et non le simple contrôle d'erreur. Dans une affaire portant sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, le lord juge Jonathan Parker a d'ailleurs affirmé que [TRADUCTION] « la décision de la cour d'appel de procéder par voie de nouvelle audition la libère de telles contraintes [celles d'un appel par voie de contrôle] et lui permet d'exercer le pouvoir discrétionnaire à nouveau dans des circonstances où elle n'aurait pu le faire si l'appel avait été instruit de la manière habituelle, soit par voie de contrôle » : *Audergon c. La Baguette Ltd.*, [2002] E.W.J. No. 78 (QL), [2002] EWCA Civ 10, par. 85. Les pouvoirs conférés doivent toutefois être exercés conformément aux principes judiciaires applicables et appropriés. J'y reviendrai.

3. *Fondements historiques*

À mon avis, l'examen des fondements historiques de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, et de ses art. 13 et 14 en particulier, confirme qu'en Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, et non par voie de contrôle d'erreur.

a. Fondements historiques de la Loi

Dans *Valley Beef Producers Co-operative*, la Cour d'appel a eu l'occasion de préciser les

historical foundations of *The Court of Appeal Act, 2000*:

The *Court of Appeal Act, 2000* is the latest in a series of such enactments, the original of which was enacted in 1915, when the Court of Appeal for Saskatchewan was created [see *The Court of Appeal Act*, S.S. 1915, c. 9].

. . .

The original was founded in turn and in significant part on the *Judicature Act*, S.S. 1909, c. 52 (ss. 24 to 29); The *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (36 and 37 Vict., c. 66, ss. 4, 18 and 19) as amended from time to time to January 1, 1889; and the *Rules* of The Supreme Court, 1883, Order 58. The *Supreme Court of Judicature Act, 1873* created the Court of Appeal in England and provided generally for its jurisdiction and powers. Order 58 of the Rules of the Supreme Court, which had the force of law, clothed the court with more specific powers in relation to appeal. The Saskatchewan Court of Appeal was created and empowered along these lines, and the *Court of Appeal Act, 2000* still reflects these historical foundations, as did its predecessors. Indeed, these foundations constitute an important part of the external context in which the *Act* was passed and serve as guiding lights, as it were, when it comes to understanding several of its provisions, especially those concerning the right of appeal and the powers of the court. [paras. 37-38]

b. Historical Foundations of Sections 13 and 14

Order 58 of the English *Rules of the Supreme Court, 1883* contained two rules of particular significance, namely, rr. 1 and 4. Rule 1 stated that "[a]ll appeals to the Court of Appeal shall be by way of rehearing", and r. 4 provided that, among other things, the court "shall have the power to draw inferences of fact and to give any judgment and make any order which ought to have been made, and to make such further or other order as the case may require". Order 58 applied only to appeals, which, as noted previously, are creatures of statute; applications for a new trial following a trial by jury were governed by different rules, including the rules found in Order 39: see *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 40.

fondements historiques de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* :

[TRADUCTION] La *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* est le texte législatif le plus récent en la matière, le premier ayant été adopté en 1915 lors de la création de la Cour d'appel de la Saskatchewan [voir *The Court of Appeal Act*, S.S. 1915, ch. 9].

. . .

Pour sa part, la loi initiale était fondée en grande partie sur la *Judicature Act*, S.S. 1909, ch. 52 (art. 24 à 29), la *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (36 & 37 Vict., ch. 66, art. 4, 18 et 19), et ses modifications en date du 1er janvier 1889, et l'ordonnance 58 des Rules of the Supreme Court, 1883. La *Supreme Court of Judicature Act, 1873* a institué la Cour d'appel d'Angleterre et établi, de façon générale, sa compétence et ses pouvoirs. L'ordonnance 58 des Rules of the Supreme Court, qui avait force de loi, a investi la Cour d'appel de pouvoirs plus précis pour le règlement d'un appel. La Cour d'appel de la Saskatchewan a été créée et investie de pouvoirs suivant ce modèle, et la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, à l'instar des lois qu'elle a remplacées, reflète encore ces fondements historiques. Ces fondements constituent en effet un élément important du contexte externe dans lequel la *Loi* a été adoptée et tiennent encore lieu de repères lorsqu'il s'agit de comprendre certaines de ses dispositions, notamment celles relatives au droit d'appel et aux pouvoirs de la Cour d'appel. [par. 37-38]

b. Fondements historiques des art. 13 et 14

211 Les règles 1 et 4 de l'ordonnance 58 des *Rules of the Supreme Court, 1883* (R.-U.) étaient particulièrement importantes. La première prévoyait que [TRADUCTION] « [t]out appel interjeté devant la Cour d'appel est instruit par voie de nouvelle audition », et la règle 4 précisait entre autres que la Cour d'appel [TRADUCTION] « peut tirer des inférences de fait et rendre le jugement ou l'ordonnance qui aurait dû être rendu, et rendre toute autre ordonnance qui s'impose ». L'ordonnance 58 s'appliquait seulement à l'appel, qui, faut-il le rappeler, est une création de la loi; la demande d'un nouveau procès après le verdict d'un jury était régie par d'autres règles, dont celles figurant dans l'ordonnance 39 : voir *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 40.

212 As noted by the Court of Appeal in the case at bar, the powers conferred on the court by r. 4 were picked up, first, by the Supreme Court of Saskatchewan *en banc* and then, later, by s. 9 of *The Court of Appeal Act*, S.S. 1915, c. 9. In fact, s. 9 was made even more explicit than r. 4 of Order 58, in that, in addition to empowering the Court of Appeal to draw inferences of fact and pronounce the decision that, in its judgment, ought to have been pronounced, it also stated that "it shall not be obligatory on the court to grant a new trial, or to adopt the view of the evidence taken by the trial judge, but the court shall act upon its own view of what the evidence in its judgment proves . . . ."

213 As noted by the Court of Appeal in the case at bar, rr. 1 and 4 of Order 58 and s. 9 of *The Court of Appeal Act* of 1915 were enacted in the midst of controversy regarding the right of appeal as it pertained to issues of fact tried by a judge alone and the extent of the powers of the Court of Appeal to act on that right. The court explained that "[a]t the heart of the matter lay the question of whether a decision of a judge without a jury should be treated as the equivalent of a jury verdict, especially for the purpose of an appeal engaging issues of fact" (para. 36). Specifically, some appellate judges, most notably Lord Chelmsford in *Gray v. Turnbull* (1870), L.R. 2 Sc. & Div. 53 (H.L.), so regretted that trial judges' findings of fact seemed subject to appeal, especially when made in the face of conflicting evidence, that they placed a heavy burden of persuasion on an appellant, which virtually foreclosed appeal on the ground of the view of the evidence taken by the trial judge. Others, such as James L.J. in *Bigsby v. Dickinson* (1876), 4 Ch. D. 24 (C.A.), leaned against this and adopted a more generous approach: see *H.L.* (C.A.), at para. 37.

214 In the two sections that follow, I will briefly review how this controversy was resolved first in England, and second in Saskatchewan, in order to better place what are now ss. 13 and 14 of *The Court of Appeal Act, 2000* in their proper historical context.

Comme l'a dit la Cour d'appel dans la présente affaire, les pouvoirs conférés par la règle 4 ont d'abord été repris par la Cour suprême de la Saskatchewan *in banco*, puis à l'art. 9 de la *Court of Appeal Act*, S.S. 1915, ch. 9. En fait, l'art. 9 était encore plus explicite que la règle 4 de l'ordonnance 58. En plus d'habiliter la Cour d'appel à tirer des inférences de fait et à rendre la décision qui, à son avis, aurait dû être rendue, il prévoyait que [TRADUCTION] « la Cour d'appel n'est pas tenue d'ordonner un nouveau procès ni d'accepter les conclusions tirées de la preuve par le juge de première instance; elle se fonde sur sa propre appréciation de la preuve . . . »

Comme la Cour d'appel l'a signalé en l'espèce, les règles 1 et 4 de l'ordonnance 58 et l'art. 9 de la *Court of Appeal Act* de 1915 ont été adoptées au beau milieu d'une controverse concernant le droit d'en appeler d'une question de fait tranchée par un juge seul et l'étendue du pouvoir de la Cour d'appel de donner suite à l'exercice de ce droit. Elle a expliqué que [TRADUCTION] « [l]a question de savoir si la décision d'un juge seul devait être tenue pour équivalente au verdict d'un jury, surtout lorsque l'appel porte sur une question de fait, était au cœur du débat » (par. 36). Plus particulièrement, certains juges d'appel, en particulier lord Chelmsford dans *Gray c. Turnbull* (1870), L.R. 2 Sc. & Div. 53 (H.L.), ont trouvé si regrettable que les conclusions de fait du juge de première instance semblent susceptibles d'appel, surtout celles tirées à partir d'éléments de preuve contradictoires, qu'ils ont imposé un lourd fardeau de persuasion à l'appelant, ce qui a pour ainsi dire exclu la possibilité d'en appeler des conclusions tirées de la preuve par le juge de première instance. D'autres juges, comme le lord juge James dans *Bigsby c. Dickinson* (1876), 4 Ch. D. 24 (C.A.), ont opté pour une approche plus généreuse : voir *H.L.* (C.A.), par. 37.

Je ferai brièvement état du règlement de la controverse en Angleterre, puis en Saskatchewan, afin de mieux situer dans leur juste contexte historique les actuels art. 13 et 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel.*

c. Resolution of Controversy in England

In England, this controversy was largely laid to rest by the adoption of Order 58, which provided for appeal by way of rehearing and expressly empowered the Court of Appeal to draw inferences of fact and give any judgment which ought to have been given, and by the subsequent decision of the Court of Appeal in *Coghlan v. Cumberland*, [1898] 1 Ch. 704, which proved to be a seminal case in both England and Saskatchewan.

In *Coghlan v. Cumberland*, Lindley M.R. discussed the nature of appellate review of a decision of a judge alone as follows:

> The case was not tried with a jury, and the appeal from the judge is not governed by the rules applicable to new trials after a trial and verdict by a jury. Even where, as in this case, the appeal turns on a question of fact, the Court of Appeal has to bear in mind that its duty is to rehear the case, and the Court must reconsider the materials before the judge with such other materials as it may have decided to admit. The Court must then make up its own mind, not disregarding the judgment appealed from, but carefully weighing and considering it; and not shrinking from overruling it if on full consideration the Court comes to the conclusion that the judgment is wrong. [pp. 704-5]

Although a court is under a duty to make up its own mind, Lindley M.R. noted that it must nevertheless be cognizant of the inherent difficulty of doing so in respect of findings of fact that rest on the trial judge's assessments of credibility:

> When, as often happens, much turns on the relative credibility of witnesses who have been examined and cross-examined before the judge, the Court is sensible of the great advantage he has had in seeing and hearing them. It is often very difficult to estimate correctly the relative credibility of witnesses from written depositions; and when the question arises which witness is to be believed rather than another, and that question turns on manner and demeanour, the Court of Appeal always is, and must be, guided by the impression made on the judge who saw the witnesses. But there may obviously be other circumstances, quite apart from manner and demeanour, which may shew whether a statement is credible or not; and these circumstances may warrant the Court in differing from the judge, even on a question of fact turning on the

c. Règlement de la controverse en Angleterre

215 En Angleterre, l'adoption de l'ordonnance 58 établissant l'appel par voie de nouvelle audition et habilitant expressément la Cour d'appel à tirer des inférences de fait et à rendre tout jugement qui aurait dû l'être, et l'arrêt *Coghlan c. Cumberland*, [1898] 1 Ch. 704, rendu subséquemment par la Cour d'appel et qui a fait école tant en Angleterre qu'en Saskatchewan, ont en grande partie mis fin au débat.

216 Dans *Coghlan c. Cumberland*, le maître des rôles Lindley s'est penché sur la nature de la révision en appel de la décision d'un juge seul :

> [TRADUCTION] L'instance n'a pas été instruite devant jury, et l'appel interjeté contre la décision du juge n'est pas régi par les règles applicables à la tenue d'un nouveau procès après le verdict d'un jury. Même dans les cas où, comme en l'espèce, l'appel porte sur une question de fait, la Cour d'appel doit se rappeler qu'elle a le devoir de réentendre l'affaire, et elle doit réexaminer les documents présentés au juge de pair avec ceux qu'elle décide d'admettre en preuve. Elle doit ensuite former sa propre opinion, non pas en faisant abstraction du jugement porté en appel, mais en le soupesant et en l'examinant soigneusement; elle ne doit pas s'abstenir d'infirmer le jugement si, après un examen minutieux, elle arrive à la conclusion qu'il est erroné. [p. 704-705]

Le maître des rôles Lindley a précisé que, même si la Cour d'appel a l'obligation de se faire sa propre opinion, elle doit néanmoins être consciente de la difficulté de le faire à l'égard des conclusions de fait fondées sur l'appréciation de la crédibilité des témoins par le juge de première instance :

> [TRADUCTION] Lorsque l'issue dépend en grande partie de la crédibilité relative des témoins qui ont été interrogés et contre-interrogés devant le juge — et c'est souvent le cas —, la Cour d'appel a conscience de l'énorme avantage découlant du fait d'avoir vu et entendu les témoins. Il est souvent très difficile d'apprécier correctement la crédibilité relative des témoins à partir de déclarations écrites, et lorsqu'il s'agit d'ajouter foi à un témoignage plutôt qu'à un autre, et que la décision tient à l'attitude et au comportement des témoins, la Cour d'appel doit se fier et se fie toujours aux impressions du juge de première instance. D'autres facteurs n'ayant rien à voir avec l'attitude et le comportement peuvent évidemment permettre de déterminer si une déclaration est digne de foi ou non. Ces facteurs peuvent justifier la Cour d'appel de différer

credibility of witnesses whom the Court has not seen. [p. 705]

217 Similarly, in *Montgomerie & Co. v. Wallace-James*, [1904] A.C. 73 (H.L.), Earl of Halsbury L.C. stated that, if called upon to take up an issue of fact on appeal, an appellate tribunal must do so to the best of its ability, including its ability to draw inferences:

> My Lords, I think this appeal should be allowed. It is simply a question of fact, and doubtless, where a question of fact has been decided by a tribunal which has seen and heard the witnesses, the greatest weight ought to be attached to the finding of such a tribunal. It has had the opportunity of observing the demeanour of the witnesses and judging of their veracity and accuracy in a way that no appellate tribunal can have. But where no question arises as to truthfulness, and where the question is as to the proper inferences to be drawn from truthful evidence, then the original tribunal is in no better position to decide than the judges of an Appellate Court. [Emphasis added; p. 75.]

218 Despite the clear language of Order 58 that an appeal of a decision of a judge alone shall be by way of rehearing, some appellate judges continued to espouse the view that, for the purposes of appeal, such a decision was to be treated as the equivalent of a jury verdict. This prompted the House of Lords to revisit this issue in both *Mersey Docks and Harbour Board v. Procter*, [1923] A.C. 253, and *Benmax v. Austin Motor Co.*, [1955] A.C. 370.

219 In *Mersey Docks and Harbour Board v. Procter*, Viscount Cave L.C. adopted the principles articulated by Lindley M.R. in *Coghlan v. Cumberland* and by Earl of Halsbury L.C. in *Montgomerie & Co. v. Wallace-James* in his discussion of the duty of a court hearing an appeal from the decision of a judge alone:

> My Lords, it was contended on behalf of the appellants that the finding of Branson J., being a finding of a trial judge on a question of fact, should not have been disturbed by the Court of Appeal. In my opinion there is no ground for such a contention. The duty of a Court hearing an appeal from the decision of a judge without a jury was clearly defined by Sir Nathaniel Lindley M.R. in *Coghlan v. Cumberland*, and by Lord Halsbury in *Montgomerie & Co. v. Wallace-James*, and is no longer in doubt. The procedure on an appeal from a judge sitting without a jury is not governed by

d'opinion, même à l'égard d'une question de fait touchant à la crédibilité de témoins qu'elle n'a pas vus. [p. 705]

De même, dans *Montgomerie & Co. c. Wallace-James*, [1904] A.C. 73 (H.L.), le comte Halsbury, lord chancelier, a dit que le tribunal appelé à examiner une question de fait en appel doit le faire au mieux de sa capacité, y compris celle de tirer des inférences :

> [TRADUCTION] Vos Seigneuries, je suis d'avis d'accueillir l'appel. Il ne s'agit que d'une question de fait, et il ne fait aucun doute que lorsqu'une question de fait a été tranchée par un tribunal qui a vu et entendu les témoins, il faut accorder la plus grande importance à la conclusion tirée par ce tribunal. Celui-ci a pu observer le comportement des témoins et juger de la véracité et de l'exactitude de leurs témoignages mieux que n'importe quel tribunal d'appel. Mais lorsque la question de la sincérité ne se pose pas, et qu'il s'agit de savoir quelles déductions doivent être tirées de témoignages sincères, alors le premier tribunal n'est pas en meilleure position pour décider que les juges de la cour d'appel. [Je souligne; p. 75.]

Même si l'ordonnance 58 disposait clairement que l'appel de la décision d'un juge seul était instruit par voie de nouvelle audition, certains juges d'appel ont continué de penser que cette décision devait, pour les besoins de l'appel, être tenue pour équivalente au verdict d'un jury. La Chambre des lords a donc réexaminé la question dans *Mersey Docks and Harbour Board c. Procter*, [1923] A.C. 253, et *Benmax c. Austin Motor Co.*, [1955] A.C. 370.

Dans *Mersey Docks and Harbour Board c. Procter*, le vicomte Cave, lord chancelier, a adopté les principes énoncés par le maître des rôles Lindley dans *Coghlan c. Cumberland* et par le comte Halsbury, lord chancelier, dans *Montgomerie & Co. c. Wallace-James*, où il analyse l'obligation de la cour saisie de l'appel de la décision d'un juge seul :

> [TRADUCTION] Vos Seigneuries, on a prétendu au nom des appelants que la conclusion du juge Branson, une conclusion tirée par un juge de première instance à l'égard d'une question de fait, n'aurait pas dû être modifiée par la Cour d'appel. À mon avis, cette prétention est sans fondement. L'obligation de la cour saisie de l'appel de la décision d'un juge siégeant sans jury a été clairement définie par sir Nathaniel Lindley, maître des rôles, dans *Coghlan c. Cumberland*, et par lord Halsbury dans *Montgomerie & Co. c. Wallace-James*, et plus aucun doute ne subsiste. L'appel de la décision

the rules applicable to a motion for a new trial after a verdict of a jury. In such a case it is the duty of the Court of Appeal to make up its own mind, not disregarding the judgment appealed from and giving special weight to that judgment in cases where the credibility of witnesses comes into question, but with full liberty to draw its own inference from the facts proved or admitted, and to decide accordingly. . . . The material facts, so far as they are known, are undisputed; and the Court of Appeal was at liberty, and indeed was bound, to draw its own inference from them. [Footnotes omitted; pp. 258-59.]

Likewise, in *Benmax v. Austin Motor Co.*, the House of Lords upheld the decision of the Court of Appeal on the ground that, while the ability of the Court of Appeal to overrule a trial judge's decision that is based on assessments of credibility may be limited, its ability to address the trial judge's inference from the evidence as a whole is not. Specifically, Lord Morton, who delivered the judgment of the House, stated that

in the present case it would appear that the learned judge did not doubt the credibility of any witness, and formed his views by inference from the evidence as a whole. The Court of Appeal formed the opposite view by the same method and I agree with that court. [p. 374]

Viscount Simonds, who delivered concurring but more extensive reasons in *Benmax v. Austin Motor Co.*, addressed what he perceived to be a source of confusion: the distinction between "the finding of a specific fact and a finding of fact which is really an inference from facts specifically found, or, as it has sometimes been said, between the perception and evaluation of facts" (p. 373). As for inferences from facts, Viscount Simonds stated that "an appellate court should form an independent opinion, though it will naturally attach importance to the judgment of the trial judge" (p. 374).

These decisions effectively settled the controversy regarding the nature of appellate review in England for questions of fact; that is, until May 2, 2000, when Parliament introduced a new system of civil appeals: *H.L.* (C.A.), at para. 48. As will be discussed below, this new appeal regime appears

d'un juge siégeant sans jury n'est pas régi par les règles applicables à la demande d'un nouveau procès après le verdict d'un jury. Il incombe à la Cour d'appel de se former sa propre opinion en tenant compte du jugement porté en appel et en lui accordant une importance particulière lorsque la crédibilité d'un témoin est en cause, tout en jouissant de l'entière liberté de tirer ses propres inférences des faits prouvés ou reconnus, et de rendre une décision en conséquence. [. . .] Les faits pertinents connus ne sont pas contestés; la Cour d'appel pouvait, et même devait, en tirer ses propres inférences. [Citations omises; p. 258-259.]

220 Aussi, dans *Benmax c. Austin Motor Co.*, la Chambre des lords a confirmé la décision de la Cour d'appel au motif que, même si la capacité de la Cour d'appel d'infirmer une décision fondée sur l'appréciation de la crédibilité des témoins par le juge de première instance est limitée, sa capacité de juger de l'inférence que le juge de première instance a tirée de la preuve dans son ensemble ne l'est pas. Lord Morton, qui a rendu le jugement au nom de la Chambre, a précisé :

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, le juge semble n'avoir mis en doute la crédibilité d'aucun témoin et s'être formé sa propre opinion en tirant l'inférence de la preuve dans son ensemble. La Cour d'appel s'est formé l'opinion contraire en suivant la même méthode, et je partage cette opinion. [p. 374]

221 Dans la même affaire, le vicomte Simonds, qui a rendu des motifs concourants mais plus détaillés, s'est penché sur ce qui lui paraissait être une source de confusion, soit la distinction entre [TRADUCTION] « une conclusion relative à un fait précis et une conclusion relative à un fait qui est en réalité une inférence tirée à partir de faits établis ou, comme on l'a dit parfois, entre la perception des faits et leur appréciation » (p. 373). Au sujet des inférences tirées de faits, il a dit : [TRADUCTION] « la cour d'appel doit se former une opinion indépendante, mais elle accordera naturellement de l'importance au jugement de première instance » (p. 374).

222 Ces décisions ont effectivement mis fin à la controverse sur la nature de la révision en appel d'une conclusion de fait en Angleterre, et ce, jusqu'à l'adoption par le Parlement, le 2 mai 2000, d'un nouveau régime d'appel civil : *H.L.* (C.A.), par. 48. Comme nous le verrons, ce nouveau régime semble

to have changed the nature of appellate review in England.

d. Resolution of Controversy in Saskatchewan

223 In order to explain how the controversy was laid to rest in Saskatchewan, it is necessary to begin with the years preceding the enactment of *The Court of Appeal Act* of 1915.

224 In *Coventry v. Annable* (1911), 19 W.L.R. 400, the Supreme Court of Saskatchewan *en banc* heard an appeal from a decision of a judge alone on the question, among others, of whether the judge was wrong in finding no fraud on the part of the defendant. Wetmore C.J. adopted and applied Lindley M.R.'s statement of principle in *Coghlan v. Cumberland*, finding fraud and deciding the case accordingly. The appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed, with three of the six judges filing individual reasons. Anglin J., in particular, agreed with Wetmore C.J. and adopted the essence of the principle put forward by Lindley M.R. in *Coghlan v. Cumberland* that is quoted above: see *Annable v. Coventry* (1912), 46 S.C.R. 573, at p. 587.

225 Anglin J. also referred to the decision in *Coghlan v. Cumberland* in *Greene, Swift & Co. v. Lawrence* (1912), 2 W.W.R. 932 (S.C.C.), at p. 944, adding:

> However loath we may be to reverse the decision of a trial judge on the question of fact, "it is our duty to do so if the evidence coerces our judgment so to do." The Gairloch, 1899, 2 Ir. 1, 13; *Coghlan v. Cumberland*, 1898, 1 Ch. 704, 67 L.J. Ch. 402.

226 In 1918, *The Court of Appeal Act* of 1915 was proclaimed and thereafter appeals went to the Court of Appeal for Saskatchewan where they were governed by ss. 8 and 9 (now ss. 13 and 14), "the purpose of which lay in putting to rest the controversy in Saskatchewan along the lines it had been put to rest in England, though along even more explicit and decisive lines": *H.L.* (C.A.), at para. 56. In paragraphs 57 to 59 of its reasons in the case at bar, the Court of Appeal succinctly sets out how, since

avoir modifié la nature de la révision en appel dans ce pays.

d. Règlement de la controverse en Saskatchewan

Pour expliquer comment la controverse a pris fin en Saskatchewan, il faut remonter aux années ayant précédé l'adoption de la *Court of Appeal Act* de 1915.

Dans *Coventry c. Annable* (1911), 19 W.L.R. 400, la Cour suprême de la Saskatchewan a entendu *in banco* l'appel de la décision d'un juge seul et s'est entre autres demandé si ce dernier avait eu tort de conclure à l'absence de fraude de la part du défendeur. Le juge en chef Wetmore a appliqué le principe énoncé par le maître des rôles Lindley dans *Coghlan c. Cumberland*, a conclu à la fraude et a tranché en conséquence. La Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi formé contre ce dernier arrêt, trois des six juges rédigeant des motifs individuels. Le juge Anglin, en particulier, s'est dit d'accord avec le juge en chef Wetmore et a repris pour l'essentiel le principe énoncé par le maître des rôles Lindley dans *Coghlan c. Cumberland* et cité précédemment : voir *Annable c. Coventry* (1912), 46 R.C.S. 573, p. 587.

Le juge Anglin a également cité la décision *Coghlan c. Cumberland* dans l'arrêt *Greene, Swift & Co. c. Lawrence* (1912), 2 W.W.R. 932 (C.S.C.), p. 944, en ajoutant :

> [TRADUCTION] Quelle que soit notre réticence à infirmer la décision du juge de première instance à l'égard d'une question de fait, « il nous incombe de le faire lorsque nous estimons y être contraints par la preuve ». The Gairloch, 1899, 2 Ir. 1, 13; *Coghlan c. Cumberland*, 1898, 1 Ch. 704, 67 L.J. Ch. 402.

Après la promulgation de la *Court of Appeal Act* de 1915 en 1918, les appels ont été soumis à la Cour d'appel de la Saskatchewan et régis dès lors par les art. 8 et 9 (devenus les art. 13 et 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*), [TRADUCTION] « qui avaient pour but de mettre fin à la controverse en Saskatchewan, mais de façon encore plus explicite et décisive que ce n'avait été le cas en Angleterre » : *H.L.* (C.A.), par. 56. Dans la présente affaire, la Cour d'appel explique brièvement aux par. 57 à 59 de ses

The Court of Appeal Act of 1915 was enacted, it has adopted the "rehearing" approach to appellate review that was first laid out in *Coghlan v. Cumberland* and approved by Anglin J. in *Annable v. Coventry* and *Greene, Swift & Co. v. Lawrence*: see, e.g., *Miller v. Foley & Sons* (1921), 59 D.L.R. 664; *Messer v. Messer* (1922), 66 D.L.R. 833; *Monaghan v. Monaghan*, [1931] 2 W.W.R. 1; *Kowalski v. Sharpe* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 604; *Tarasoff v. Zielinsky*, [1921] 2 W.W.R. 135; *Matthewson v. Thompson*, [1925] 2 D.L.R. 1211; *French v. French*, [1939] 2 W.W.R. 435, at p. 443; and *Wilson v. Erbach* (1966), 56 W.W.R. 659, at p. 666.

In conclusion, the court notes that "the controversy that had prevailed in Saskatchewan prior to the enactment of the *Court of Appeal Act* of 1915 was laid to rest here following the enactment of sections 8 and 9 of that *Act*": *H.L.* (C.A.), at para. 60. In my view, this brief discussion of the historical foundations of *The Court of Appeal Act, 2000* and ss. 13 and 14 in particular confirms that in Saskatchewan, for the purpose of appeal, a decision of a judge alone is not to be taken as the equivalent of a jury verdict, and that the nature of appellate review of such a decision is by way of rehearing.

e. Legislative History

Although the section numbering may have changed and the language may have been modernized over time, the Acts' historical foundations remain relevant today because the Saskatchewan legislature has faithfully adhered to the content of what are now ss. 13 and 14 throughout the years: *H.L.* (C.A.), at para. 61. Therefore, I share the view of the Court of Appeal that the 2000 legislative amendments to *The Court of Appeal Act* did not have any substantive effect on the nature of appellate review in Saskatchewan and the scope of the powers of the Court of Appeal; rather, these amendments to *The Court of Appeal Act*

served to maintain and augment at least 85 years of appellate practice in Saskatchewan, where appeal in relation to an unlimited right of appeal from a decision of a trial judge without a jury has traditionally been by way of "rehearing", with the Court of Appeal being directed to

motifs comment, depuis l'adoption de la *Court of Appeal Act* de 1915, elle a opté pour l'instruction de l'appel par voie de « nouvelle audition » préconisée initialement dans *Coghlan c. Cumberland*, puis approuvée par le juge Anglin dans *Annable c. Coventry* et *Greene, Swift & Co. c. Lawrence* : voir, p. ex., *Miller c. Foley & Sons* (1921), 59 D.L.R. 664; *Messer c. Messer* (1922), 66 D.L.R. 833; *Monaghan c. Monaghan*, [1931] 2 W.W.R. 1; *Kowalski c. Sharpe* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 604; *Tarasoff c. Zielinsky*, [1921] 2 W.W.R. 135; *Matthewson c. Thompson*, [1925] 2 D.L.R. 1211; *French c. French*, [1939] 2 W.W.R. 435, p. 443; *Wilson c. Erbach* (1966), 56 W.W.R. 659, p. 666.

227 En conclusion, la Cour d'appel a fait observer que [TRADUCTION] « les art. 8 et 9 de la *Court of Appeal Act* de 1915 ont mis fin à la controverse qui existait jusqu'alors en Saskatchewan » : *H.L.* (C.A.), par. 60. Selon moi, ce bref examen des fondements historiques de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, et des art. 13 et 14 en particulier, confirme que, en Saskatchewan, la décision d'un juge seul ne doit pas être assimilée, en appel, au verdict d'un jury et que l'appel d'une telle décision est instruit par voie de nouvelle audition.

e. Historique législatif

228 La numérotation des articles a changé et le libellé a bien été modernisé avec le temps, mais les fondements historiques de ces lois sont toujours pertinents, le législateur de la Saskatchewan étant resté fidèle au fil des ans à la teneur des actuels art. 13 et 14 : *H.L.* (C.A.), par. 61. Je conviens donc avec la Cour d'appel que les modifications apportées à la *Court of Appeal Act* en 2000 n'ont pas modifié sensiblement la nature de la révision en appel en Saskatchewan ni l'étendue des pouvoirs de la Cour d'appel, mais qu'elles ont plutôt

[TRADUCTION] consacré et développé une procédure d'appel datant d'au moins 85 ans en Saskatchewan, où l'exercice d'un droit d'appel illimité à l'encontre de la décision d'un juge de première instance siégeant sans jury a toujours été instruit par voie de « nouvelle

take its own view of the evidence and being empowered to draw inferences of fact and pronounce the decision that ought to have been pronounced by the trial judge. [para. 62]

229 In contrast, a major English legislative initiative in 2000 appears to have had a much more marked effect on the nature of appellate review in that country. On May 2, 2000, a new system of civil appeals took effect in England, and the new rules appear mostly in Part 52 of the *Civil Procedure Rules 1998*, S.I. 1998 No. 3132: see Great Britain, *Civil Procedure* (2002), vol. 1, at pp. 1182ff. These new rules seek to restrict resort to the appeal process to cases that really justify its use and to ensure that appeals, when they are warranted, are conducted in an efficient and effective manner: Zuckerman, at p. 719. In *Tanfern Ltd. v. Cameron-MacDonald*, [2000] 1 W.L.R. 1311 (C.A.), at para. 50, Brooke L.J. described the changes imposed by this new appeal regime as "the most significant changes in the arrangements for appeals in civil proceedings in this country for over 125 years". These changes were welcomed by N. H. Andrews in "A New System of Civil Appeals and a New Set of Problems", [2000] *Cambridge L.J.* 464, at p. 465, since they would "reduce the delay, expense, and uncertainty of civil proceedings" and "increase the incentive for litigants to 'get it right first time round'". Nevertheless, Andrews also noted that "the same changes will reduce the chances of rectifying defective decisions", and that "[t]his is the price paid for achieving the impressive benefits of the new system of appeals."

230 It is of particular relevance to the issues that arise in this case that under this new appeal regime in England, as a general rule, appeals to the Court of Appeal are no longer by way of rehearing but, rather, are limited to a review of the lower court's decision: see *Civil Procedure Rules*, r. 52.11(1). This obvious change in terminology from "rehearing" to "review" would suggest, at first blush at least, that the English Parliament intended that the nature of appellate review in that country be changed, specifically from a more robust appeal by way of rehearing to a more limited review of the lower court's decision. However, it appears that there is currently some controversy in England regarding the

audition », la Cour d'appel étant tenue de se fonder sur sa propre appréciation de la preuve et habilitée à tirer des inférences de fait et à rendre la décision qu'aurait dû rendre le juge de première instance. [par. 62]

En Angleterre, par contre, une importante mesure législative adoptée en 2000 semble avoir eu une incidence beaucoup plus marquée sur la nature de la révision en appel dans ce pays. Le 2 mai 2000, un nouveau régime d'appel civil y est entré en vigueur, et la partie 52 des *Civil Procedure Rules 1998*, S.I. 1998 No. 3132, renferme la plupart des nouvelles règles : voir Grande-Bretagne, *Civil Procedure* (2002), vol. 1, p. 1182 et suiv. Ces nouvelles règles visent à faire en sorte qu'il ne soit interjeté appel que dans les cas qui le justifient vraiment et que, lorsqu'il est justifié, l'appel soit instruit avec efficacité et efficience : Zuckerman, p. 719. Dans *Tanfern Ltd. c. Cameron-MacDonald*, [2000] 1 W.L.R. 1311 (C.A.), par. 50, le lord juge Brooke a dit qu'il s'agissait [TRADUCTION] « des modifications les plus importantes apportées au régime d'appel civil dans ce pays depuis plus de 125 ans ». La réforme a été bien accueillie par N. H. Andrews dans « A New System of Civil Appeals and a New Set of Problems », [2000] *Cambridge L.J.* 464, p. 465, puisqu'elle allait [TRADUCTION] « réduire l'attente, le coût et l'incertitude associés à une instance civile » et « inciter davantage les parties à "bien faire les choses du premier coup" ». Andrews a néanmoins signalé que [TRADUCTION] « ces mêmes modifications allaient réduire la possibilité de corriger une décision irrégulière [. . .] [m]ais que c'était le prix à payer pour bénéficier des énormes avantages du nouveau régime d'appel. »

Le fait que, suivant le nouveau régime d'appel en Angleterre, les appels interjetés devant la Cour d'appel ne sont plus instruits, en règle générale, par voie de nouvelle audition, mais donnent plutôt lieu à un contrôle de la décision du tribunal inférieur revêt une importance particulière pour le règlement des questions soulevées en l'espèce : voir *Civil Procedure Rules*, règle 52.11(1). Ce changement patent de terminologie — « contrôle » au lieu de « nouvelle audition » — donne à penser, du moins de prime abord, que le législateur britannique a voulu modifier la nature de la révision en appel, c'est-à-dire passer d'un appel relativement musclé par voie de nouvelle audition à un examen plus limité de la décision du

difference between appeal by way of rehearing and appeal by way of review, and what effect the terminology change in the new rules had on the nature of appellate review in that country.

For instance, in *Assicurazioni Generali SpA v. Arab Insurance Group*, [2003] 1 W.L.R. 577 (C.A.), Ward L.J., in a separate opinion, stated that prior to the reform of civil appeals in 2000, "interlocutory appeals in the Court of Appeal were treated as reviews of the lower court's decision", even though they were "nominally by way of rehearing" (para. 194). Therefore, despite the change in language from "rehearing" to "review", Ward L.J. concluded that an appellate court's task is essentially no different from what it was before the new rules came into effect; that is, "[t]he Court of Appeal can only interfere if the decision of the lower court was wrong and in deciding whether or not findings of fact were wrong, we take a retrospective look at the case and do not decide it afresh untrammelled by the judge's conclusion" (para. 195). Similarly, in his reasons for judgment on behalf of the court in *Assicurazioni*, Clarke L.J. acknowledged that there is plainly force in the submission that the nature of appellate review changed with the change in language, but he nonetheless concluded that although the previous rule expressly referred to a rehearing, "the exercise upon which the court was engaged was essentially one of review" (para. 13).

Conversely, Jolowicz argues that under the former *Rules of the Supreme Court* appeals to the Court of Appeal were by way of rehearing, and this "meant that appellate judges were most unlikely to interfere with the trial judge's findings of fact in so far as they depended on his assessment of the credibility of witnesses, but it did not mean that they were judges only of law": J. A. Jolowicz, "The New Appeal: rehearing or revision or what?" (2001), 20 *C.J.Q.* 7, at p. 7. Specifically, Jolowicz argues that the provisions in the former *Rules of the Supreme Court* were enough to ensure that the English Court of Appeal was indeed a "court of appeal", before which issues

tribunal inférieur. Cependant, il appert que la différence entre ces deux types d'appel et l'effet du changement de terminologie dans les nouvelles règles sur la nature de la révision en appel dans ce pays suscitent actuellement une certaine polémique dans ce pays.

231 Par exemple, dans l'arrêt *Assicurazioni Generali SpA c. Arab Insurance Group*, [2003] 1 W.L.R. 577 (C.A.), le lord juge Ward a dit dans des motifs distincts qu'avant la réforme du régime d'appel civil en 2000, [TRADUCTION] « l'appel interlocutoire interjeté devant la Cour d'appel était instruit par voie de contrôle de la décision du tribunal inférieur », même s'il l'était « théoriquement par voie de nouvelle audition » (par. 194). Par conséquent, même si les nouvelles règles ne parlaient plus de « nouvelle audition », mais de « contrôle », le lord juge Ward a conclu que le rôle d'une cour d'appel était demeuré essentiellement le même : [TRADUCTION] « [e]lle ne peut intervenir que si la décision du tribunal inférieur était erronée et, pour déterminer si une conclusion de fait était erronée ou non, nous examinons l'affaire rétrospectivement et nous nous abstenons de statuer à nouveau sans égard à l'opinion du juge » (par. 195). De même, le lord juge Clarke, s'exprimant au nom de la Cour d'appel dans cette affaire, a reconnu la valeur manifeste de la prétention selon laquelle la nouvelle terminologie avait modifié la nature de la révision en appel. Il a néanmoins conclu que malgré le renvoi exprès des règles antérieures à une nouvelle audition [TRADUCTION] « le rôle de la cour d'appel en était essentiellement un de contrôle » (par. 13).

232 À l'opposé, Jolowicz soutient que l'appel interjeté devant la Cour d'appel en application des anciennes *Rules of the Supreme Court* était instruit par voie de nouvelle audition et qu'[TRADUCTION] « il arrivait rarement que les juges d'appel modifient une conclusion de fait du juge de première instance lorsqu'elle s'appuyait sur son appréciation de la crédibilité d'un témoin, mais cela ne veut pas dire qu'ils n'étaient que les juges du droit » : J. A. Jolowicz, « The New Appeal : re-hearing or revision or what? » (2001), 20 *C.J.Q.* 7, p. 7. Plus précisément, Jolowicz fait valoir que les dispositions des anciennes *Rules of the Supreme Court* suffisaient pour que la Cour

are to be decided afresh in fact and in law, and not what is called elsewhere a "[c]ourt of cassation", before which only the conformity of the lower court judgment to the rules of law is argued (pp. 7-8).

233 Similarly, Lord Sumner stated in *S.S. Hontestroom v. S.S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37 (H.L.), at p. 47, that "[o]f course, there is jurisdiction to retry the case on the shorthand note, including in such retrial the appreciation of the relative values of the witnesses, for the appeal is made a rehearing by rules which have the force of statute": see also J. A. Jolowicz, "Court of Appeal or Court of Error?", [1991] *Cambridge L.J.* 54. Nonetheless, like Jolowicz, Lord Sumner also noted that "not to have seen the witnesses puts appellate judges in a permanent position of disadvantage as against the trial judge"; therefore, he opined that "[i]f [the trial judge's] estimate of the man forms any substantial part of his reasons for his judgment the trial judge's conclusions of fact should, as I understand the decisions, be let alone" (p. 47).

234 Not only does Jolowicz argue that, under the former rules, appeals to the Court of Appeal were by way of rehearing, in the sense that the Court of Appeal was empowered to "retry the case on the shorthand note", he is also of the view that because an appeal court conducting a "review" of the decision of the lower court under the new rules may take account of the evidence given at trial and may exercise all the powers conferred on it by the rules (including the power to draw inferences of fact), the new "review" provided for by Part 52 of the *Civil Procedure Rules* "differs little, if at all, from the procedure formerly used in the Court of Appeal": see Jolowicz, "The New Appeal: re-hearing or revision or what?", p. 11.

235 Of course, it is not this Court's place to resolve this controversy in English law. Whatever the change in language in the new English appeal rules may mean, as noted above, it is clear that over the years Saskatchewan has not substantively changed

d'appel d'Angleterre soit une véritable « cour d'appel » appelée à réexaminer des questions de fait et de droit, et non ce qu'on appelle ailleurs une « [c]our de cassation » où l'argumentation ne porte que sur l'observation des règles de droit par le tribunal inférieur (p. 7-8).

Aussi, dans l'arrêt *S.S. Hontestroom c. S.S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37 (H.L.), p. 47, lord Sumner a affirmé : [TRADUCTION] « [b]ien sûr, nous avons compétence pour instruire l'affaire de nouveau à partir des notes sténographiques, ce qui comprend l'appréciation de la crédibilité relative des témoins, puisque des règles ayant force de loi assimilent l'appel à une nouvelle audition ». Voir aussi J. A. Jolowicz, « Court of Appeal or Court of Error? », [1991] *Cambridge L.J.* 54. Toutefois, à l'instar de Jolowicz, lord Sumner a signalé que [TRADUCTION] « le fait de ne pas avoir vu les témoins place les juges d'appel dans une situation toujours désavantageuse par rapport au juge de première instance », de sorte que « [l]orsque son appréciation de l'homme forme une partie substantielle de ses motifs de jugement, le juge de première instance a droit, si j'interprète bien les décisions, au respect de ses conclusions de fait » (p. 47).

Jolowicz soutient non seulement que, suivant les anciennes règles, l'appel interjeté devant la Cour d'appel était instruit par voie de nouvelle audition, en ce sens que la Cour d'appel était habilitée à « instruire l'affaire de nouveau à partir des notes sténographiques », mais aussi que le nouveau « contrôle » prévu à la partie 52 des *Civil Procedure Rules* [TRADUCTION] « diffère peu, ou ne diffère pas du tout, de la procédure antérieure » en ce que la Cour d'appel, lorsqu'elle « contrôle » la décision du tribunal inférieur en application des nouvelles règles, peut tenir compte de la preuve présentée au procès et exercer tous les pouvoirs que lui confèrent les règles (notamment celui de tirer des inférences de fait) : voir Jolowicz, « The New Appeal : re-hearing or revision or what? », p. 11.

Il n'appartient évidemment pas à notre Cour de trancher. Quel que soit l'effet du nouveau libellé des règles régissant l'appel en Angleterre, en Saskatchewan, le texte de la loi sur la Cour d'appel n'a manifestement pas beaucoup changé au fil des

the language in its *Court of Appeal Act*. Therefore, this supports the argument that the nature of appellate review in Saskatchewan has not deviated from its historical roots. In other words, in Saskatchewan, appeals were and continue to be by way of rehearing.

Moreover, if one accepts that an appeal by way of rehearing is different from a review of the lower court decision and that the change in language in the new English appeal rules from "rehearing" to "review" signified a shift to a more restricted form of appellate review in that country (as a plain reading of the new rule would seem to suggest at least), then it can be argued that the Saskatchewan legislature was not willing to pay the price to which Andrews refers — i.e., unlike the English Parliament, the Saskatchewan legislature was not willing to reduce the chances of rectifying defective decisions in order to reduce the delay, expense and uncertainty of civil proceedings. It saw no need for it. Moreover, because an appeal is a statutory creature, legislative policy choices in this area must be seen to be paramount. It appears that, in enacting *The Court of Appeal Act, 2000*, the Saskatchewan legislature re-affirmed its policy choice to have its Court of Appeal proceed with appeals by way of rehearing. If the legislature is now concerned or becomes concerned in the future about the nature of appellate review in Saskatchewan, it is open to the legislature to amend *The Court of Appeal Act, 2000*: see *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, at para. 66. For now, the statute is clear: in Saskatchewan, the nature of appellate review is by way of rehearing.

However, even if one subscribes to the view professed by the Lord Justices in *Assicurazioni* that appellate review in England was and still is by way of review, unlike my colleague Fish J., I contend that the English understanding of appeal by way of "review" is different from the Canadian understanding of this concept, which was recently articulated by this Court in *Housen*. Moreover, the English understanding of appeal by way of review is actually more closely in line with the nature of appellate review in Saskatchewan, which, as I understand it, is by way of rehearing.

ans, en sorte que la révision en appel y serait demeurée fidèle à ses racines historiques. Autrement dit, dans cette province, l'appel était et est toujours instruit par voie de nouvelle audition.

236 De plus, si l'on accepte qu'un appel par voie de nouvelle audition diffère d'un contrôle de la décision du tribunal inférieur et que le nouveau libellé des règles régissant l'appel en Angleterre, où la « nouvelle audition » est remplacée par le « contrôle », traduit une évolution vers un appel plus restreint dans ce pays (comme semble l'indiquer du moins leur simple lecture), on peut soutenir que, contrairement au Parlement britannique, le législateur de la Saskatchewan n'était pas disposé à payer le prix dont fait mention Andrews, c'est-à-dire réduire la possibilité de corriger une décision irrégulière afin de diminuer l'attente, le coût et l'incertitude associés à une instance civile. Il n'en voyait pas la nécessité. De plus, l'appel étant une création de la loi, les choix de politique législative en la matière doivent primer. Il semble que par l'adoption de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, le législateur de la Saskatchewan a réaffirmé son choix politique de faire en sorte que la Cour d'appel instruise les appels par voie de nouvelle audition. Si la nature de la révision en appel en Saskatchewan le préoccupe ou venait à le préoccuper, il lui serait loisible de modifier la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* : voir *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, par. 66. Pour le moment, la loi est claire : en Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition.

237 Cependant, même si l'on convient avec les lords juges dans *Assicurazioni* que, en Angleterre, l'appel s'entendait et s'entend toujours d'un contrôle, contrairement à mon collègue le juge Fish, j'estime que la notion anglaise d'appel par voie de « contrôle » diffère de la canadienne, que notre Cour a récemment circonscrite dans *Housen*. Qui plus est, la notion anglaise d'appel par voie de contrôle se rapproche davantage de l'appel prévu en Saskatchewan qui, selon moi, est instruit par voie de nouvelle audition.

238 For example, Zuckerman notes that one of the general principles underlying an appeal by way of review in England is that an appeal court should not interfere with findings of fact made by the lower court because the judge who saw and heard the witnesses is better placed to assess their reliability and draw inferences from their testimony. Zuckerman states that this principle led to a distinction in the English case law "between conclusions concerning primary facts which followed entirely from the assessment of the reliability of witnesses, and conclusions based on a combination of testimonial assessment and analysis of documents and surrounding circumstances, with which the appeal court would more readily interfere" (p. 766). Zuckerman explains that the reason for this distinction is that "an appeal court is just as well placed as the trial judge to determine the proper inferences to be drawn from circumstantial or documentary evidence": see also *Whitehouse v. Jordan*, [1981] 1 All E.R. 267 (H.L.), *per* Lord Fraser.

239 Similarly, in *Assicurazioni*, although Clarke and Ward L.JJ. both stated that, despite the change in language from "rehearing" to "review", the Court of Appeal's task has always been and still is to review the lower court's judgment for error, it is clear from their judgments that they accept that, in the course of such a review, the greater the advantage the trial judge has over the appellate court (e.g., with respect to credibility assessments), the more reluctant the appellate court should be to interfere. However, when the relative advantage of the trial judge is not engaged, such as when the issue is with respect to the drawing of inferences, then the appellate court may more readily interfere. This proposition was specifically recognized by Ward L.J. as follows:

> Where the primary facts are not challenged and the judgment is made from the inferences drawn by the judge from the evidence before him, then the Court of Appeal, which has the power to draw any inference of fact it considers to be justified, may more readily interfere with an evaluation of those facts. [para. 197]

240 From my perspective, it appears that the type of "review" to which Zuckerman and the Lord Justices

À titre d'exemple, Zuckerman fait observer que l'un des principes généraux sous-jacents à un appel par voie de contrôle en Angleterre est qu'une cour d'appel ne doit pas modifier les conclusions de fait du tribunal inférieur parce que le juge qui a vu et entendu les témoins était mieux placé pour apprécier leur fiabilité et tirer des inférences de leurs témoignages. Il ajoute que ce principe est à l'origine d'une distinction dans la jurisprudence anglaise [TRADUCTION] « entre les conclusions sur des faits essentiels qui découlent entièrement de l'appréciation de la fiabilité des témoins et celles qui sont fondées à la fois sur l'appréciation des témoignages et sur l'analyse des documents et des circonstances, que la cour d'appel serait plus encline à modifier » (p. 766). Zuckerman explique cette distinction par le fait qu'[TRADUCTION] « une cour d'appel est aussi bien placée que le juge de première instance pour décider des inférences que commandent les éléments de preuve circonstancielle ou documentaire » : voir aussi *Whitehouse c. Jordan*, [1981] 1 All E.R. 267 (H.L.), lord Fraser.

De même, dans l'arrêt *Assicurazioni*, les lords juges Clarke et Ward ont tous deux affirmé que, malgré le remplacement du terme « nouvelle audition » par celui de « contrôle », le rôle de la Cour d'appel avait toujours été et était toujours de contrôler le jugement du tribunal inférieur pour déterminer si une erreur a été commise, mais ils ont clairement reconnu que, dans le cadre d'un tel contrôle, plus le juge du procès bénéficie d'un avantage par rapport à elle (p. ex. en ce qui concerne l'appréciation de la crédibilité), moins la cour d'appel doit être encline à intervenir. Cependant, lorsque le juge de première instance ne jouit pas d'un avantage relatif, notamment pour tirer des inférences, la cour d'appel interviendra plus volontiers. Le lord juge Ward l'a reconnu expressément :

> [TRADUCTION] Lorsque les faits essentiels ne sont pas contestés et que le jugement a été rendu sur le fondement des inférences que le juge a tirées de la preuve présentée, la Cour d'appel, qui a le pouvoir de tirer toute inférence de fait qu'elle estime justifiée, interviendra volontiers relativement à l'appréciation de ces faits. [par. 197]

De mon point de vue, le type de « contrôle » auquel renvoient Zuckerman et les lords juges dans

in *Assicurazioni* are referring is not the same as the general "review for error" concept subscribed to in Canada. In *Housen*, all nine justices agreed in principle that, in the course of a review for error, the standard of review should be identical for both findings of fact and inferences of fact, although, as will be explained below, the majority and minority disagreed on the articulation of the standard of review for the latter. In his reasons in this case, Fish J. confirms that the same standard of review should apply to findings of fact as well as to inferences of fact: see, e.g., at paras. 52-55. In contrast, as explained above, in England there is authority for the proposition that, in the course of an appeal by way of review in that country, there is a distinction to be made between findings of fact that engage the special advantage of the trial judge (e.g., those that involve assessments of credibility) and inferences of fact that do not. The appellate court will more readily interfere in the latter case, and, in my view, this implies that, contrary to the Canadian position, the same standard of review cannot be applied to both circumstances.

Not only is the type of appeal by way of "review" described by Zuckerman and the Lord Justices in *Assicurazioni* different from the Canadian understanding of this concept, I also suggest that in some respects it is actually more in line with the nature of appellate review in Saskatchewan. In these reasons, I will go on to explain that in Saskatchewan, where the nature of appellate review is by way of rehearing, when the trial judge's factual findings engage the special advantage he or she has over an appellate tribunal, the Court of Appeal will only interfere and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a palpable and overriding error in his or her fact finding. In contrast, because the trial judge is in no better position than the Court of Appeal to draw inferences of fact from a base of fact properly established, I will contend that the Court of Appeal will more readily interfere when inferences are at issue. Specifically, it is my view that the Saskatchewan Court of Appeal will overrule a trial judge's inference of fact and draw its own when it concludes that the inference is not reasonable. It is apparent that this approach to factual findings and

l'arrêt *Assicurazioni* ne paraît pas correspondre à la notion générale de « contrôle d'erreur » que l'on connaît au Canada. Dans *Housen*, les neuf juges ont convenu en principe que, dans le cadre d'un contrôle d'erreur, la norme applicable devait être la même pour les conclusions de fait et les inférences de fait, même si, comme je l'explique plus loin, les juges majoritaires et les juges minoritaires ne s'entendaient pas sur la mise en pratique de la norme dans le cas des secondes. Dans ses motifs, le juge Fish confirme que la même norme doit s'appliquer aux conclusions de fait comme aux inférences de fait : voir, p. ex., les par. 52-55. Comme nous l'avons vu, la jurisprudence anglaise dit au contraire que lors d'un tel appel par voie de contrôle, il faut distinguer entre les conclusions de fait, pour lesquelles le juge de première instance bénéficie d'un avantage particulier (p. ex. pour l'appréciation de la crédibilité), et les inférences de fait, pour lesquelles il ne jouit d'aucun avantage. La cour d'appel interviendra plus volontiers dans ce dernier cas, et il s'ensuit selon moi, contrairement au point de vue canadien, que la même norme de révision ne saurait s'appliquer dans les deux cas.

241 Non seulement l'appel par voie de « contrôle » dont font état Zuckerman et les lords juges dans l'arrêt *Assicurazioni* diffère de ce qu'on entend par ce type d'appel au Canada, mais à certains égards, il s'apparente en fait davantage à l'appel propre à la Saskatchewan. Comme je l'explique dans les présents motifs, en Saskatchewan, où l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, lorsque le juge de première instance bénéficie d'un avantage particulier par rapport au tribunal d'appel relativement aux conclusions de fait, la Cour d'appel n'interviendra et ne substituera sa propre appréciation de la preuve que si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en appréciant les faits. Par contre, le juge de première instance n'étant pas mieux placé que la Cour d'appel pour tirer des inférences de fait à partir de faits dûment établis, je soutiens que la Cour d'appel interviendra plus volontiers lorsqu'une inférence sera en cause. Plus précisément, je suis d'avis que la Cour d'appel de la Saskatchewan écartera une inférence de fait déraisonnable pour y substituer la sienne. Cette démarche à l'égard des conclusions et des

inferences of fact, which I will explain more fully below, is quite similar to that followed in England (where appeals are now by way of "review"), in that both approaches differentiate between the two and grant more deference to the trial judge in the former case, when his or her special advantage is engaged.

242 All of this merely demonstrates that terminology (i.e., "rehearing" versus "review") can be misleading. Therefore, in these circumstances, and particularly because appeals are statutory creations, it is best to focus upon the statute that sets out the appellate court's jurisdiction and powers, in order to determine the nature of appellate review. As I have explained in these reasons, the statute in this case is clear: in Saskatchewan, the nature of appellate review is by way of rehearing.

(iii) Conclusion Regarding the Nature of Appellate Review in Saskatchewan

243 After examining the grammatical and ordinary sense of the words used in ss. 13 and 14 of *The Court of Appeal Act, 2000*, as well as the object of the Act, the object of the specific legislative provisions that form the statutory framework for appeals, and the Act's historical foundations, to me it is clear that the nature of appellate review in Saskatchewan is by way of rehearing, with the Court of Appeal being directed to take its own view of the evidence and being empowered to draw inferences of fact and pronounce the decision that ought to have been pronounced by the trial judge. In light of this conclusion, one question remains: although the Court of Appeal is not constrained by the view of the evidence taken by the trial judge, in what circumstances will the Court of Appeal apply its own view of the evidence and, if necessary, pronounce the decision that ought to have been pronounced? In particular, in this appeal, we are concerned with when the Court of Appeal will do so in relation to questions of fact. The issue then is to determine what judicial policy mandates in the particular context of *The Court of Appeal Act, 2000*.

inférences de fait, sur laquelle je reviendrai plus en détail, semble être sensiblement la même que celle adoptée en Angleterre (où l'appel s'entend désormais d'un « contrôle »), en ce sens qu'elle fait également une distinction entre conclusions et inférences de fait et préconise une plus grande déférence à l'égard des premières lorsque le juge bénéficie d'un avantage particulier.

Il s'ensuit donc que les termes employés (« nouvelle audition » ou « contrôle ») peuvent être trompeurs. Dans ces circonstances, et en particulier parce que l'appel est une création législative, il est préférable d'axer l'analyse sur la loi qui confère à la cour d'appel sa compétence et ses pouvoirs pour déterminer la nature de la révision en appel. Je le répète, la loi est claire en l'espèce : en Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition.

(iii) Conclusion sur la nature de la révision en appel en Saskatchewan

Après avoir examiné le sens grammatical et ordinaire des mots employés aux art. 13 et 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, ainsi que l'objet de la Loi, l'objet des dispositions établissant le cadre législatif de l'appel et les fondements historiques de la Loi, il me semble clair que, en Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, la Cour d'appel étant tenue de se fonder sur sa propre appréciation de la preuve et habilitée à tirer des inférences de fait et à rendre la décision qu'aurait dû rendre le juge de première instance. Vu cette conclusion, et même si la Cour d'appel n'est pas liée par les conclusions tirées de la preuve en première instance, une question demeure : dans quelles circonstances la Cour d'appel se fondera-t-elle sur sa propre appréciation de la preuve et rendra-t-elle, au besoin, la décision qui aurait dû l'être? Dans le présent pourvoi, la question qui nous intéresse particulièrement est celle de savoir dans quels cas la Cour d'appel pourra le faire à l'égard d'une question de fait. Il nous faut donc déterminer ce que commande la politique judiciaire dans le contexte particulier de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*.

(3) Judicial Policy Concerns

Contrary to the Saskatchewan Court of Appeal, I believe that the direction contained in s. 14 of the Act to the Court of Appeal to take its own view of what the evidence proves is subject to the judicial policy concern that trial judges enjoy a special advantage over an appellate court, in that they hear the testimony of witnesses *viva voce* and are exposed to the case as a whole. This is also the view of most authors, for instance J.-C. Royer, *La preuve civile* (3rd ed. 2003), at p. 324. The trial judge's special advantage has been recognized by this Court on a number of occasions: see, e.g., *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 794, *per* L'Heureux-Dubé J.; *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15, at para. 36. Of particular relevance to this appeal, the trial judge's special advantage was recently described by the High Court of Australia in the context of an appeal by way of rehearing as follows:

> On the one hand, the appellate court is obliged to "give the judgment which in its opinion ought to have been given in the first instance". On the other, it must, of necessity, observe the "natural limitations" that exist in the case of any appellate court proceeding wholly or substantially on the record. These limitations include the disadvantage that the appellate court has when compared with the trial judge in respect of the evaluation of witnesses' credibility and of the "feeling" of a case which an appellate court, reading the transcript, cannot always fully share. Furthermore, the appellate court does not typically get taken to, or read, all of the evidence taken at the trial. Commonly, the trial judge therefore has advantages that derive from the obligation at trial to receive and consider the entirety of the evidence and the opportunity, normally over a longer interval, to reflect upon that evidence and to draw conclusions from it, viewed as a whole.

(*Fox v. Percy*, at para. 23 (footnotes omitted))

The special advantage of the trial judge calls for a measure of deference on the part of the Saskatchewan Court of Appeal when, pursuant to the direction in s. 14 of the Act, it is considering what the evidence proves: see *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 87. Specifically, when the trial

(3) Considérations de politique judiciaire

244 Contrairement à la Cour d'appel de la Saskatchewan, j'estime que l'obligation que lui fait l'art. 14 de la Loi de se fonder sur sa propre appréciation de la preuve est subordonnée au principe judiciaire voulant que le juge de première instance ait un avantage particulier sur elle du fait qu'il entend les témoignages de vive voix et assiste à toute l'instruction. C'est aussi l'opinion de la plupart des auteurs, dont J.-C. Royer, *La preuve civile* (3e éd. 2003), p. 324. Notre Cour a reconnu à maintes reprises la situation privilégiée du juge de première instance : voir, p. ex., *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 794, la juge L'Heureux-Dubé; *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15, par. 36. Voici comment, dans le contexte d'un appel par voie de nouvelle audition, la Haute Cour d'Australie a récemment décrit l'avantage dont jouit le juge de première instance, une description particulièrement pertinente en l'espèce :

> [TRADUCTION] D'une part, la cour d'appel est tenue de « rendre le jugement qui, à son avis, aurait dû être rendu en première instance ». D'autre part, elle doit nécessairement respecter les « limites normales » auxquelles se heurte toute cour d'appel agissant entièrement ou dans une large mesure sur la foi du dossier. Au nombre de ces limites, mentionnons sa situation désavantageuse par rapport au juge de première instance en ce qui touche à la crédibilité des témoins et à l'« impression » qui se dégage de l'affaire et qu'une cour d'appel, à la lecture de la transcription, n'est pas toujours en mesure de partager pleinement. En outre, généralement, la cour d'appel n'est pas saisie de tous les éléments de preuve présentés au procès, ou n'en prend pas connaissance. Dans la plupart des cas, le juge de première instance jouit donc d'avantages découlant de l'obligation de recevoir et d'examiner tous les éléments de preuve et de la possibilité, sur une plus longue période en général, de soupeser la preuve dans son ensemble et d'en tirer des conclusions.

(*Fox c. Percy*, par. 23 (citations omises))

245 L'avantage particulier du juge de première instance exige de la Cour d'appel de la Saskatchewan qu'elle fasse preuve d'une certaine déférence lorsqu'elle apprécie la preuve conformément à la prescription de l'art. 14 de la Loi : voir *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 87. Plus précisément,

judge's decision is based upon issues that engage this special advantage (most notably, factual findings based on credibility assessments), the Court of Appeal should make due allowance in this respect: see *Fox v. Percy*, at para. 25. Nevertheless, it must be kept in mind that the Court of Appeal is charged with the statutory mandate to conduct appeals by way of rehearing, and, as noted by the High Court of Australia:

> [T]he mere fact that a trial judge necessarily reached a conclusion favouring the witnesses of one party over those of another does not, and cannot, prevent the performance by a court of appeal of the functions imposed on it by statute. In particular cases incontrovertible facts or uncontested testimony will demonstrate that the trial judge's conclusions are erroneous, even when they appear to be, or are stated to be, based on credibility findings. [para. 28]

246 Furthermore, although it is my view that the Court of Appeal should accord some deference to decisions that are based upon issues that engage the special advantage of the trial judge, the same deferential stance does not extend to drawing inferences of fact or to evaluating a body of fact against a legal standard: see *H.L.* (C.A.), at para. 68. As noted by the Court of Appeal in the case at bar and confirmed in several other cases, the Court of Appeal "is in as good a position as the trial judge to draw inferences of fact from a base of fact proven or admitted": see *Montgomerie & Co. v. Wallace-James*, at p. 75; *Mersey Docks and Harbour Board v. Procter*, at pp. 258-59; *Warren v. Coombes* (1979), 142 C.L.R. 531 (H.C. Austl.), at p. 551, cited with approval in *Fox v. Percy*, at para. 25. This point was, in fact, confirmed by this Court in *Workmen's Compensation Board v. Greer*, [1975] 1 S.C.R. 347, at pp. 357-58, where, after quoting from the aforementioned House of Lords' decision in *Montgomerie & Co. v. Wallace-James*, it stated that

> the practice of this Court, which reflects a reluctance to interfere with concurrent findings of fact in two provincial courts, does not apply with the same force to inferences drawn from conflicting professional opinions as it does to findings based on direct factual evidence.

lorsque la décision de première instance se fonde sur un élément faisant jouer cet avantage particulier (au premier chef, la conclusion de fait fondée sur une appréciation de la crédibilité), la Cour d'appel doit en tenir dûment compte : voir *Fox c. Percy*, par. 25. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue que la Cour d'appel a l'obligation légale d'instruire l'appel par voie de nouvelle audition, et comme l'a fait remarquer la Haute Cour d'Australie :

> [TRADUCTION] [L]e simple fait que le juge de première instance a tiré une conclusion favorable aux témoins d'une partie et défavorable à ceux d'une autre n'empêche pas et ne doit pas empêcher la cour d'appel de s'acquitter des fonctions que lui confère la loi. Il arrive parfois que des faits irréfutables ou un témoignage non contredit démontrent que les conclusions du juge de première instance sont erronées même si elles paraissent fondées sur une appréciation de la crédibilité ou sont présentées comme telles. [par. 28]

En outre, bien que je sois d'avis que la Cour d'appel doit faire preuve de déférence à l'égard d'une décision fondée sur un élément faisant jouer l'avantage particulier du juge de première instance, la même obligation de déférence ne s'applique pas à l'inférence de fait ni à l'appréciation d'un ensemble de faits en fonction d'une norme juridique : voir *H.L.* (C.A.), par. 68. Comme la Cour d'appel l'a signalé en l'espèce et confirmé dans plusieurs autres affaires, elle [TRADUCTION] « est aussi bien placée que le juge de première instance pour tirer des inférences de fait d'un ensemble de faits prouvés ou reconnus » : voir *Montgomerie & Co. c. Wallace-James*, p. 75; *Mersey Docks and Harbour Board c. Procter*, p. 258-259; *Warren c. Coombes* (1979), 142 C.L.R. 531 (H.C. Austr.), p. 551, cité avec approbation dans *Fox c. Percy*, par. 25. Notre Cour l'a en fait également confirmé dans l'arrêt *Workmen's Compensation Board c. Greer*, [1975] 1 R.C.S. 347, p. 357-358, où elle a dit ce qui suit après avoir cité l'arrêt *Montgomerie & Co. c. Wallace-James* de la Chambre des lords :

> . . . la pratique de cette Cour, qui témoigne d'une répugnance à modifier des conclusions de fait concordantes de deux cours provinciales, ne s'applique pas avec la même vigueur à des déductions tirées d'opinions contradictoires de spécialistes qu'à des conclusions fondées sur la preuve directe de certains faits.

In *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114, at p. 122, McLachlin J. (as she then was) agreed with this Court's decision in *Greer*, but also elaborated on it as follows:

I agree that the principle of non-intervention of a Court of Appeal in a trial judge's findings of facts does not apply with the same force to inferences drawn from conflicting testimony of expert witnesses where the credibility of these witnesses is not in issue. This does not however change the fact that the weight to be assigned to the various pieces of evidence is under our trial system essentially the province of the trier of fact, in this case the trial judge.

My conclusion that the same appellate deference does not extend to the drawing of inferences is strengthened by the fact that s. 14 of the Act expressly empowers the Court of Appeal to draw inferences of fact and pronounce the decision that, in its judgment, ought to have been pronounced, a power that necessarily entails drawing evaluative inferences: *H.L.* (C.A.), at para. 68.

(4) When Faced With a Question of Fact, in What Circumstances Will the Court of Appeal Apply Its Own View of the Evidence and, if Necessary, Pronounce the Decision that Ought to Have Been Pronounced?

In light of my consideration of the impact of judicial policy concerns regarding the special advantage of the trial judge, especially with regard to factual findings based on assessments of credibility, I will now address the question: when faced with a question of fact, in what circumstances will the Court of Appeal apply its own view of the evidence and, if necessary, pronounce the decision that ought to have been pronounced?

In general, I agree with the Court of Appeal's statement:

On appeal from a decision of a judge of the Court of Queen's Bench sitting without a jury, taken pursuant to sections 7(2)(a) and 13 of the *Court of Appeal Act, 2000*, it is the duty of the court acting under section 14 of the *Act* to rehear the case in the context of the grounds of appeal and make up its own mind, not disregarding

Dans l'arrêt *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114, p. 122, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a souscrit à l'arrêt *Greer* de notre Cour, mais a développé sa pensée comme suit :

Je reconnais que le principe de non-intervention d'une cour d'appel dans les conclusions de fait d'un juge de première instance ne s'applique pas avec la même vigueur aux conclusions tirées de témoignages d'expert contradictoires lorsque la crédibilité de ces derniers n'est pas en cause. Il n'en demeure pas moins que, selon notre système de procès, il appartient essentiellement au juge des faits, en l'espèce le juge de première instance, d'attribuer un poids aux différents éléments de preuve.

247 Ma conclusion selon laquelle l'inférence ne commande pas la même déférence en appel est étayée par le fait que l'art. 14 de la Loi confère expressément à la Cour d'appel le pouvoir de tirer des inférences de fait et de rendre la décision qui aurait dû l'être à son avis, un pouvoir qui comporte nécessairement celui de tirer des inférences appréciatives : *H.L.* (C.A.), par. 68.

(4) Lorsqu'elle doit se prononcer sur une question de fait, dans quelles circonstances la Cour d'appel peut-elle se fonder sur sa propre appréciation de la preuve et, au besoin, rendre la décision qui aurait dû l'être?

248 Après l'examen de l'incidence des considérations de politique judiciaire concernant l'avantage particulier dont jouit le juge de première instance à l'égard, notamment, d'une conclusion de fait fondée sur une appréciation de la crédibilité, je me penche maintenant sur la question suivante. Lorsqu'elle doit se prononcer sur une question de fait, dans quelles circonstances la Cour d'appel peut-elle se fonder sur sa propre appréciation de la preuve et, au besoin, rendre la décision qui aurait dû l'être?

249 Dans l'ensemble, je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel :

[TRADUCTION] Lorsque la décision d'un juge de la Cour du Banc de la Reine siégeant sans jury est portée en appel sur le fondement de l'al. 7(2)a) et de l'art. 13 de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, la Cour d'appel doit, suivant l'art. 14 de cette loi, réentendre l'affaire en fonction des motifs d'appel et se former sa propre opinion

the judgment appealed from, and giving special weight to that judgment in cases where the credibility of witnesses comes into question, but with full liberty to draw its own inferences from the facts proved or admitted, and to decide accordingly . . . .

(*H.L.* (C.A.), at para. 77)

250 To this general statement, I would add the following two points. First, I would note that deference should not only be accorded to trial decisions where the credibility of witnesses comes into question, but also to all such decisions where the special advantage of the trial judge is engaged. This would include cases where the trial judge's conclusion on an issue is dependent on his or her holistic assessment of the evidence presented at trial (all of which may not be available to the Court of Appeal), also described as his or her "feeling" of the case: see *Fox v. Percy*, at para. 23. Second, as I mentioned above, an appropriate interpretation of *The Court of Appeal Act, 2000* indicates that the primary function of the Court of Appeal is to correct error or deficiency in the particular case. In light of its role as a "court of error", I would emphasize that "[i]f, making proper allowance for the advantages of the trial judge, [the Court of Appeal concludes] that an error has been shown, [it is] authorised, and obliged, to discharge [its] appellate duties in accordance with the statute": *Fox v. Percy*, at para. 27. Here again I must note that the language used is awkward because of the word "error". But in the context I have discussed, one will understand that even though the palpable error threshold is not applicable, the Court of Appeal will only substitute its view of the facts if it finds some error in the reasoning of the trial judge.

251 In my view, contrary to the submissions of the Attorney General for Saskatchewan, this general statement of when the Saskatchewan Court of Appeal will interfere with the decision of a trial judge does not imply that factual findings that do not engage the special advantage of the trial judge and inferences of fact are to be reviewed on the basis of the correctness standard. As a preliminary point, in Saskatchewan, the nature of appellate review is, as earlier demonstrated, by way of rehearing, not

en tenant compte du jugement porté en appel et en lui accordant une importance particulière lorsque la crédibilité d'un témoin est en cause, tout en jouissant de l'entière liberté de tirer ses propres inférences des faits prouvés ou reconnus, et rendre une décision en conséquence . . .

(*H.L.* (C.A.), par. 77)

Je me permets d'apporter deux précisions. Premièrement, la déférence s'impose à l'égard non seulement d'une décision de première instance où la crédibilité des témoins est en jeu, mais aussi de toute décision faisant jouer l'avantage particulier du juge de première instance, notamment lorsqu'une conclusion de ce dernier repose sur son appréciation globale des éléments de preuve présentés au procès (lesquels ne sont pas nécessairement tous mis à la disposition de la Cour d'appel), également qualifiée d'« impression » se dégageant de l'affaire : voir *Fox c. Percy*, par. 23. Deuxièmement, comme je l'ai déjà mentionné, selon la juste interprétation de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, la principale fonction de la Cour d'appel consiste à réparer l'erreur ou la lacune qui entache une décision. Vu ce rôle confié à la « cour de révision », je souligne que [TRADUCTION] « [s]i, après avoir dûment tenu compte de la situation privilégiée du juge de première instance, elle conclut qu'une erreur a été commise, la Cour d'appel peut et doit s'acquitter de ses obligations en appel conformément à la loi » : *Fox c. Percy*, par. 27. Là encore, je dois faire observer que la formulation est boiteuse à cause de l'emploi du mot « erreur ». Mais dans le contexte considéré, l'on comprendra que même si le critère de l'erreur manifeste ne s'applique pas, la Cour d'appel ne substituera sa propre appréciation des faits à celle du juge de première instance que si elle découvre une faille dans le raisonnement de ce dernier.

Selon moi, contrairement aux prétentions du procureur général de la Saskatchewan, cet énoncé général des circonstances dans lesquelles la Cour d'appel de la Saskatchewan peut modifier la décision de première instance ne signifie pas que la conclusion factuelle ne faisant pas jouer l'avantage particulier du juge de première instance et l'inférence de fait doivent être révisées selon la norme de la décision correcte. D'abord, en Saskatchewan l'appel est instruit, je le répète, par voie de nouvelle audition, et

review for error; therefore, the notion of "reviewing" a decision on any standard, let alone the correctness standard, is not applicable in these circumstances. Moreover, the correctness standard implies that the reviewing court will accord no deference to the decision of the lower court, but it is clear from the general statement of the Court of Appeal in *H.L.* (C.A.) that I quoted above that even though it is the duty of the court acting under s. 14 of the Act to rehear the case in the context of the grounds of appeal and make up its own mind, it will not disregard the judgment appealed from. The office of a trial judge is deserving of respect, and the decisions of such judges will be presupposed (and not presumed) to be free from error: see *Valley Beef Producers Co-operative*, at paras. 117 and 120.

non de contrôle d'erreur. Par conséquent, la notion de « contrôle » de la décision en fonction de quelque norme, à plus forte raison celle de la décision correcte, ne saurait s'appliquer dans les circonstances de l'espèce. Ensuite, la norme de la décision correcte implique que le tribunal de révision ne fait preuve d'aucune déférence à l'égard de la décision du tribunal inférieur, alors qu'il ressort de l'affirmation générale de la Cour d'appel dans *H.L.* (C.A.), citée précédemment, que même si l'art. 14 de la Loi lui fait obligation de réentendre l'affaire en fonction des motifs d'appel et de se former sa propre opinion, elle doit tenir compte du jugement porté en appel. La charge d'un juge de première instance commande le respect, et l'on présupposera (et non présumera) que la décision d'un tel juge est exempte d'erreur : voir *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 117 et 120.

Turning now to specifically address the circumstances in which the Court of Appeal, when faced with questions of fact, will apply its own view of the evidence and, if necessary, pronounce the decision that ought to have been pronounced, I will distinguish between three types of questions of fact: (i) factual findings that engage the special advantage of the trial judge; (ii) factual findings that do not; and (iii) inferences based on findings of fact. I distinguish between factual findings that engage the special advantage of the trial judge and factual findings that do not because, as noted above, more deference is called for with regard to the former. I distinguish between factual findings generally and inferences of fact because there is an analytical difference between the two: see *Housen*, at para. 103 (for the minority). Inferences involve logical deductions that rely upon findings of fact in order to come to either legal or factual conclusions. In this case, we are only concerned with factual inferences.

252 En ce qui concerne maintenant les circonstances dans lesquelles, lorsqu'il lui faut se prononcer sur une question de fait, la Cour d'appel peut se fonder sur sa propre appréciation de la preuve et, au besoin, rendre la décision qui aurait dû l'être, je distingue entre trois types de questions de fait : (i) la conclusion factuelle qui fait jouer l'avantage particulier du juge de première instance; (ii) celle qui ne le fait pas; (iii) l'inférence fondée sur une conclusion de fait. Je distingue entre la conclusion factuelle qui fait jouer l'avantage particulier du juge de première instance et celle qui ne le fait pas parce que, comme je l'ai dit, la première commande une plus grande déférence. Je fais une distinction entre la conclusion factuelle en général et l'inférence de fait, les deux étant différentes sur le plan analytique : voir *Housen*, par. 103 (opinion de la minorité). L'inférence suppose une déduction logique fondée sur une conclusion de fait en vue d'arriver à une conclusion sur le plan du droit ou des faits. En l'espèce, nous nous intéressons uniquement à l'inférence factuelle.

(a) *Factual Findings That Engage the Special Advantage of the Trial Judge*

a) *Conclusion factuelle faisant jouer l'avantage particulier du juge de première instance*

As noted previously, factual findings that engage the special advantage of the trial judge will be accorded some deference by the Court of Appeal. To the extent that "standards of review" language is

253 Je le répète, la Cour d'appel doit faire preuve d'une certaine déférence vis-à-vis des conclusions factuelles qui font jouer l'avantage particulier du juge de première instance. Dans la mesure où la

useful in the context of appellate review by way of rehearing, if only for clarity's sake, it can be argued that, although the Court of Appeal is not constrained by the view of the evidence taken by the trial judge, when the trial judge's factual findings engage the special advantage he or she has over an appellate tribunal, the Court of Appeal will only interfere and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a palpable and overriding error in his or her fact finding: *H.L.* (C.A.), at para. 77. That being said, it must be borne in mind that the primary function of the Saskatchewan Court of Appeal is to correct "error or deficiency" in the particular case, and it is not relieved of this function "by the fact that the trial judge has, expressly or implicitly, reached a conclusion influenced by an opinion concerning the credibility of witnesses": *Fox v. Percy*, at para. 29. In such a case, "making all due allowances for the advantages available to the trial judge", the Court of Appeal must not shrink from applying its own view of the evidence if it concludes that the trial judge's view is tainted by a palpable and overriding error.

terminologie propre aux « normes de contrôle » est utile dans le contexte d'un appel par voie de nouvelle audition, ne serait-ce que par souci de clarté, on peut soutenir que, même si elle n'est pas liée par les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve, lorsque ces conclusions font jouer l'avantage particulier du juge de première instance, la Cour d'appel n'interviendra et ne se fondera sur sa propre appréciation de la preuve que si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en appréciant les faits : *H.L.* (C.A.), par. 77. Cela dit, il faut se rappeler que la principale fonction de la Cour d'appel de la Saskatchewan est de réparer l'erreur ou la lacune qui entache la décision et qu'elle doit s'en acquitter même lorsque [TRADUCTION] « le juge de première instance est expressément ou implicitement arrivé à une conclusion influencée par son opinion sur la crédibilité des témoins » : *Fox c. Percy*, par. 29. En pareil cas, [TRADUCTION] « après avoir dûment tenu compte des avantages dont bénéficie le juge de première instance », la Cour d'appel ne doit pas craindre de se fonder sur sa propre appréciation de la preuve si elle estime que celle du juge de première instance est entachée d'une erreur manifeste et dominante.

(b) *Factual Findings That Do Not Engage the Special Advantage of the Trial Judge*

b) *Conclusion factuelle ne faisant pas jouer l'avantage particulier du juge de première instance*

254 Factual findings that do not engage the special advantage of the trial judge are not entitled to the same level of deference as those that do. Therefore, while the Court of Appeal will presuppose that such factual findings are free from error, given the respect that is to be accorded to the office of a trial judge, if the Court of Appeal concludes that some error has indeed been made, it will apply its own view of the evidence: see *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 117. As above, to the extent that "standards of review" language is helpful, it can be argued that, although the Court of Appeal is not constrained by the view of the evidence taken by the trial judge, it will only interfere and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a simple error in his or her fact finding.

La conclusion factuelle qui ne fait pas jouer l'avantage particulier du juge de première instance ne commande pas la même déférence. Aussi, même si elle présupposera qu'une conclusion factuelle est exempte d'erreur, étant donné le respect dû à la charge d'un juge de première instance, lorsqu'elle estimera qu'une erreur a bel et bien été commise, la Cour d'appel se fondera sur sa propre appréciation de la preuve : voir *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 117. Par analogie avec ce qui précède, dans la mesure où la terminologie propre aux « normes de contrôle » est utile, l'on peut soutenir que, même si elle n'est pas liée par les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve, la Cour d'appel n'interviendra et ne se fondera sur sa propre appréciation de la preuve que si le juge de première instance a commis une simple erreur en appréciant les faits.

The distinction between simple error and palpable and overriding error should be noted. Because the trial judge is typically in no better position than the Court of Appeal to make factual findings that are not dependent on hearing the testimony of witnesses *viva voce* or being exposed to the case as a whole, no greater measure of deference is called for than presupposing (though not presuming) that the trial judge's fact finding is free from error: see *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 117; *H.L.* (C.A.), at para. 73. If a simple error in this type of fact finding is detected — it need not be palpable and overriding —, the Court of Appeal must interfere and apply its own view of the evidence. This approach is supported by my position that an appropriate interpretation of *The Court of Appeal Act, 2000* indicates that the primary function of the Court of Appeal is to correct error or deficiency in the particular case.

(c) *Inferences of Fact*

In the case at bar, we are particularly concerned with conditions under which, in the context of an appeal by way of rehearing, the Court of Appeal will overrule a trial judge's inference of fact and instead draw its own. Once again, I reiterate that a trial judge is in no better position than the Court of Appeal to draw inferences of fact from a base of fact properly established, either in the first instance or on appeal: see *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 86; *H.L.* (C.A.), at para. 68. Furthermore, it must be remembered that the primary function of the Court of Appeal is to correct error or deficiency in the particular case. Because inferences are matters of logic and their accuracy can never be conclusively established, it is awkward to speak in terms of "error" with respect to these inferences; instead, I favour the use of the concept of reasonableness. Because s. 14 of the Act states in part that "the court shall act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves, and the court may draw inferences of fact . . . .", it can be argued that the Court of Appeal "may" draw its own inference of fact when, after considering what, in its own view, the evidence proves and, comparing that with the inference of fact made by the trial judge, it concludes that the trial judge's inference of fact was not

255 La simple erreur doit être distinguée de l'erreur manifeste et dominante. Le juge de première instance n'étant généralement pas mieux placé que la Cour d'appel pour tirer des conclusions factuelles n'exigeant pas d'avoir entendu les témoignages de vive voix ni d'avoir assisté à toute l'instruction, la seule déférence qui s'impose consiste à présupposer (et non à présumer) que l'appréciation des faits par le juge de première instance n'est entachée d'aucune erreur : voir *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 117; *H.L.* (C.A.), par. 73. Lorsqu'elle y décèle une simple erreur — point n'est besoin qu'il s'agisse d'une erreur manifeste et dominante —, la Cour d'appel doit intervenir et se fonder sur sa propre appréciation de la preuve. J'ajoute que, suivant la juste interprétation de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, la principale fonction de la Cour d'appel est de réparer l'erreur ou la lacune qui entache la décision.

c) *Inférence de fait*

256 En l'espèce, nous nous attachons particulièrement aux conditions auxquelles, dans le contexte d'un appel par voie de nouvelle audition, la Cour d'appel infirmera une inférence de fait du juge de première instance et lui substituera la sienne. Encore une fois, je le répète, le juge de première instance n'est pas mieux placé que la Cour d'appel pour tirer une inférence de fait d'un ensemble de faits dûment établis, que ce soit en première instance ou en appel : voir *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 86; *H.L.* (C.A.), par. 68. De plus, il faut se rappeler que la fonction première de la Cour d'appel est de réparer l'erreur ou la lacune qui entache la décision. L'inférence étant affaire de logique et sa justesse ne pouvant jamais être établie avec certitude, l'emploi du mot « erreur » est inopportun à son égard; je privilégie la notion de « raisonnabilité ». Comme l'art. 14 de la Loi dit entre autres que « [l]a Cour se détermine en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve et peut tirer les inférences factuelles . . . », on peut faire valoir que la Cour d'appel « peut » tirer sa propre inférence de fait lorsque, après avoir apprécié elle-même la preuve et comparé cette appréciation avec l'inférence de fait tirée par le juge de première instance, elle arrive à la conclusion que celle-ci n'était pas raisonnable. En d'autres termes, dans le

reasonable. In other words, in the context of an appeal by way of rehearing, the threshold that the Court of Appeal must pass before substituting its own inference of fact is reasonableness. Nevertheless, as was the case with findings of fact that do not engage the special advantage of the trial judge, out of respect for the office of the trial judge, the Court of Appeal will presuppose that he or she has drawn reasonable inferences of fact: see *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 120. The Court of Appeal in *Valley Beef Producers Co-operative* aptly summarized this concept as follows:

> Should the court, having determined what inferences may properly be drawn, conclude that those of the chambers judge were reasonable, as presupposed, it will not interfere. Should it reach the opposite conclusion, or be left in serious doubt, it will take its own view of what the evidence warrants in the way of inference and establish the secondary facts as it sees fit in the exercise of its faculty of judgment. [para. 120]

(5) Previous Jurisprudence Regarding Standards of Appellate Review

257 In light of my conclusion regarding the nature of appellate review in Saskatchewan and the circumstances in which the Court of Appeal will apply its own view of the evidence and, if necessary, pronounce the decision that ought to have been pronounced, in this final section, I will endeavour to reconcile past jurisprudence on this topic with my conclusion.

258 Earlier, I explained why the nature of appellate review in Saskatchewan is by way of rehearing and not review for error, such that the Court of Appeal is relieved of any obligation to adopt the view of the evidence taken by the trial judge and is directed instead to act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves. Moreover, I noted that the Saskatchewan Act, which gives the Court of Appeal its mandate to conduct appeals in this manner, is unique. In this context, I contend that when examining previous jurisprudence on appellate review with a view to reconciling it with my conclusion about the nature and (so-called) standards of appellate review in Saskatchewan, the focus should be on Saskatchewan-specific cases, and in particular

contexte d'un appel par voie de nouvelle audition, le critère auquel la Cour d'appel doit satisfaire pour substituer sa propre inférence de fait à celle du juge de première instance est celui de la raisonnabilité. Néanmoins, vu le respect que commande la charge de juge de première instance, la Cour d'appel doit, comme dans le cas d'une conclusion de fait qui ne fait pas jouer l'avantage particulier du juge de première instance, présupposer que ce dernier a tiré une inférence de fait raisonnable : voir *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 120. Dans cet arrêt, la Cour d'appel a bien résumé cette notion :

> [TRADUCTION] Lorsque, après avoir déterminé quelles inférences pouvaient être tirées à juste titre, la Cour d'appel conclut que celles du juge en chambre étaient raisonnables, comme on le présuppose, elle ne doit pas intervenir. Lorsqu'elle arrive à la conclusion contraire, ou qu'elle a un doute sérieux, elle doit se fonder sur sa propre appréciation de ce que la preuve permet d'inférer et établir les faits secondaires comme elle le juge indiqué dans l'exercice de sa faculté de discernement. [par. 120]

(5) Jurisprudence relative aux normes de révision en appel

En dernier lieu, je m'appliquerai à concilier avec la jurisprudence pertinente ma conclusion sur la nature de la révision en appel en Saskatchewan et sur les circonstances dans lesquelles la Cour d'appel se fondera sur sa propre appréciation de la preuve et, au besoin, rendra la décision qui aurait dû l'être.

J'ai expliqué précédemment pourquoi, en Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, et non de contrôle d'erreur, de sorte que la Cour d'appel n'a pas à accepter les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve, mais doit plutôt se déterminer en fonction de sa propre appréciation de la preuve. De plus, j'ai souligné le caractère unique de la Loi de la Saskatchewan, qui habilite la Cour d'appel à procéder ainsi. Dans ce contexte, j'estime que l'examen de la jurisprudence sur la révision en appel en vue de la concilier avec ma conclusion sur la nature de la révision en appel et les « normes de contrôle » en appel applicables dans la province doit mettre l'accent sur les décisions relatives à la Saskatchewan et,

those from this Court and the Saskatchewan Court of Appeal. This is particularly so when the general standards of appellate review seem to be drifting away from appeal by way of rehearing and toward appeal by way of review for error: *H.L.* (C.A.), at para. 86. Additionally, as noted by the Court of Appeal, these general standards "have evolved not so much on the basis of statutory provision as on the basis of judicial policy concerns — concerns having to do with finality in litigation, with cost and delay occasioned by appeal, with taxing scarce judicial resources, and so on" (para. 81). However, because appeals are creatures of statute, these judicial policy concerns must be assessed in light of the statutory mandate conferred on the Court of Appeal. In this case, the Saskatchewan legislature, through *The Court of Appeal Act, 2000*, has instructed its Court of Appeal to conduct appeals by way of rehearing rather than review for error, with the overall aim of redressing error and setting matters right: *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 70. In this light, the judicial policy concerns noted above lose their relevance and should not be used to limit the facially unlimited right of appeal and the broad powers of the appellate court to act on that right that are provided by statute in the province of Saskatchewan. Instead, other policies apply.

Examining the judicial interpretation by this Court and the Saskatchewan Court of Appeal of the nature and (so-called) standards of appellate review in Saskatchewan, in contrast with Fish J.'s assertion at para. 98 that "[n]o decision has been drawn to our attention where the [Saskatchewan Court of Appeal] has asserted a power of review by rehearing", I have found that there are a number of Saskatchewan Court of Appeal cases that support my conclusion that the nature of appellate review in Saskatchewan is by way of rehearing and not review for error. Moreover, to the extent that there are cases from this Court and the Saskatchewan Court of Appeal that appear to conflict with my conclusion, in my view, they can be reconciled in one of three ways. First, a number of these cases hold that findings of fact made at trial based on the credibility of

plus particulièrement, sur celles de notre Cour et de la Cour d'appel de la Saskatchewan. D'autant plus que les normes générales applicables en appel semblent s'éloigner de l'appel par voie de nouvelle audition et se rapprocher de l'appel par voie de contrôle d'erreur : *H.L.* (C.A.), par. 86. En outre, comme l'a signalé la Cour d'appel, ces normes générales [TRADUCTION] « n'ont pas tant évolué en fonction de dispositions législatives que de considérations de politique judiciaire — irrévocabilité des jugements, coût et attente associés à l'appel, affectation de ressources judiciaires limitées, etc. » (par. 81). Cependant, l'appel étant une création législative, ces considérations de politique judiciaire doivent être appréciées à la lumière de la mission dont la Cour d'appel est légalement investie. En l'espèce, l'assemblée législative de la Saskatchewan, en adoptant la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, a enjoint à sa cour d'appel de statuer à l'issue d'une nouvelle audition, et non d'un contrôle d'erreur, avec l'objectif général de réparer une erreur et de rétablir les choses : *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 70. Les considérations de politique judiciaire susmentionnées perdent donc leur pertinence et ne doivent pas être invoquées pour limiter le droit d'appel à première vue illimité et les vastes pouvoirs de la cour d'appel — prévus par la loi dans la province de la Saskatchewan — de donner suite à l'exercice de ce droit. Ce sont plutôt d'autres politiques qui s'appliquent.

259 En me penchant sur l'interprétation, par notre Cour et la Cour d'appel de la Saskatchewan, de la nature de la révision en appel et des « normes de contrôle » en appel applicables en Saskatchewan, malgré l'affirmation du juge Fish au par. 98 de ses motifs selon laquelle « [n]ulle décision où la Cour d'appel a revendiqué le pouvoir d'instruire l'appel par voie de nouvelle audition n'a été portée à notre attention », j'ai constaté qu'un certain nombre de décisions de la Cour d'appel de la Saskatchewan appuient ma conclusion que, dans cette province, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, et non de contrôle d'erreur. De plus, si des arrêts de notre Cour et de la Cour d'appel de la Saskatchewan semblent contredire ma conclusion, ils peuvent, à mon avis, être conciliés avec elle de trois façons. Premièrement, un certain nombre de ces

witnesses are not to be reversed on appeal unless the trial judge made some palpable and overriding error which affected his or her assessment of the facts. This specific holding is not at odds with my conclusion regarding the nature of appellate review in Saskatchewan and the circumstances in which the Saskatchewan Court of Appeal, when faced with factual findings that engage the special advantage of the trial judge, will interfere and apply its own view of the evidence. Therefore, these cases can be reconciled by restricting their impact to their specific *rationes decidendi*. Second, some of these cases do not refer to the Saskatchewan Act at all, despite the fact that it is the only statute in Canada that frees the Court of Appeal from the view of the evidence taken by the trial judge and directs it to take its own view of the evidence. Therefore, I contend that these cases are better understood as applying to appellate review in general, the nature of which has drifted toward appeal by way of review, rather than appellate review in Saskatchewan under *The Court of Appeal Act, 2000*, which continues to be by way of rehearing. Finally, some cases, or at least aspects of them, may simply require reconsideration in light of the above analysis regarding the nature of appellate review in Saskatchewan. This Court is not bound by the particular decisions of lower courts, particularly when there is conflict within the case law.

arrêts établissent que la conclusion de fait tirée au procès sur le fondement de la crédibilité d'un témoin ne doit être infirmée en appel que si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ayant entaché son appréciation des faits. Cela ne va pas à l'encontre de ma conclusion sur la nature de la révision en appel en Saskatchewan et les circonstances dans lesquelles la Cour d'appel, lorsqu'elle doit se prononcer sur une conclusion factuelle faisant jouer l'avantage particulier du juge de première instance, peut intervenir et se fonder sur sa propre appréciation de la preuve. Il est donc possible de concilier ces arrêts avec ma conclusion en ne retenant que leur *ratio decidendi*. Deuxièmement, certains de ces arrêts ne font aucune mention de la Loi de la Saskatchewan, même si elle est la seule au Canada à soustraire la Cour d'appel à l'obligation d'accepter les conclusions tirées de la preuve par le juge de première instance et à lui enjoindre de se fonder sur sa propre appréciation de la preuve. Par conséquent, j'estime préférable de considérer qu'ils s'appliquent à l'appel en général, qui se rapproche désormais davantage du contrôle judiciaire que de l'appel instruit en Saskatchewan à l'issue d'une nouvelle audition sous le régime de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*. Enfin, certains arrêts ou, du moins, certains de leurs aspects, pourraient simplement nécessiter un réexamen à la lumière de l'analyse qui précède concernant la nature de la révision en appel en Saskatchewan. Notre Cour n'est pas liée par les décisions des tribunaux inférieurs, surtout lorsque la jurisprudence est contradictoire.

(a) *Saskatchewan Court of Appeal Cases in Support of My Conclusion That the Nature of Appellate Review in Saskatchewan Is by Way of Rehearing*

a) *Arrêts de la Cour d'appel de la Saskatchewan étayant ma conclusion selon laquelle, en Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition*

260 At para. 97 of his reasons, Fish J. states that "the Court of Appeal for Saskatchewan appears to have for many decades prior to both *Lensen* and *Housen* understood its legislative mandate as a power of review for error". With respect, I must disagree with this statement because, as noted previously, since *The Court of Appeal Act* of 1915 was enacted, the Saskatchewan Court of Appeal has adopted the rehearing approach to appellate review that was first laid out in *Coghlan v.*

Le juge Fish affirme, au par. 97 de ses motifs, que « la Cour d'appel de la Saskatchewan semble avoir vu dans son mandat légal le pouvoir de vérifier si la décision est exempte d'erreur, et ce, bien des décennies avant les arrêts *Lensen* et *Housen* ». En toute déférence, je ne peux être d'accord, car, je le répète, depuis l'adoption de la *Court of Appeal Act* de 1915, la Cour d'appel de la Saskatchewan a opté pour l'appel par voie de nouvelle audition préconisé initialement dans *Coghlan c. Cumberland*,

Cumberland and approved by Anglin J. in *Annable v. Coventry* and *Greene, Swift & Co. v. Lawrence*: see, e.g., *Miller v. Foley & Sons*; *Messer v. Messer*; *Monaghan v. Monaghan*; *Kowalski v. Sharpe*; *Tarasoff v. Zielinsky*; *Matthewson v. Thompson*; *French v. French*, at p. 443; and *Wilson v. Erbach*, at p. 666.

For example, in *Miller v. Foley & Sons*, the appeal turned entirely upon a finding of fact by the trial judge, and the Court of Appeal held that "[t]he rule no doubt is that, in cases of this kind, it is the duty of this Court to re-hear the case and to overrule it when on full consideration the Court is convinced that the judgment appealed from is wrong" (p. 665). Similarly, in *Monaghan v. Monaghan*, the Court of Appeal confirmed that, pursuant to (then) s. 8 of *The Court of Appeal Act*, R.S.S. 1930, c. 48, it was duty-bound to reconsider the evidence:

> We are dealing with an appeal from a decision of a Judge sitting without a jury, and it is therefore our duty to reconsider the evidence. This is especially true in this Court, where we are bound to give due effect to sec. 8 of *The Court of Appeal Act*, R.S.S., 1930, ch. 48. This case does not turn upon the relative credibility of witnesses, and the question of which witness is to be believed rather than another does not arise; if it did, different considerations would, of course, apply. [p. 5]

Moreover, in *Tarasoff v. Zielinsky*, at p. 138, the Court of Appeal confirmed that it was in as good a position as the trial judge to draw inferences of fact, which, in this case, was that the deceased was killed by the defendant's bull. Likewise, in *French v. French*, at p. 443, the Court of Appeal noted that it is required to act on its own view of what the evidence proves when it cannot agree with the inferences the trial judge drew from the facts:

> In the result, I can only say, with great deference, that I cannot agree with the inferences which [the trial judge] draws from the facts and, such being the case, it is my duty to act upon my own view of what the evidence proves: *The Court of Appeal Act*, R.S.S. 1930, ch. 48, sec. 8; *Lysnar v. National Bank of N.Z.*, [1935] 1 W.W.R. 625.

(See also *Wilson v. Erbach*, at p. 666.)

puis approuvé par le juge Anglin dans *Annable c. Coventry* et *Greene, Swift & Co. c. Lawrence* : voir, p. ex., *Miller c. Foley & Sons*; *Messer c. Messer*; *Monaghan c. Monaghan*; *Kowalski c. Sharpe*; *Tarasoff c. Zielinsky*; *Matthewson c. Thompson*; *French c. French*, p. 443; *Wilson c. Erbach*, p. 666.

261 Par exemple, dans l'affaire *Miller c. Foley & Sons*, où l'appel visait uniquement une conclusion de fait tirée par le juge de première instance, la Cour d'appel a conclu que, [TRADUCTION] « [d]ans une affaire de ce genre, la règle veut sans aucun doute que la Cour réentende l'affaire et infirme la décision lorsque, après un examen minutieux, elle est convaincue de son caractère erroné » (p. 665). De même, dans *Monaghan c. Monaghan*, la Cour d'appel a confirmé que, suivant l'art. 8 de la *Court of Appeal Act*, R.S.S. 1930, ch. 48, elle avait l'obligation de réexaminer la preuve :

> [TRADUCTION] Nous sommes saisis de l'appel de la décision d'un juge siégeant sans jury, et il est donc de notre devoir de réexaminer la preuve, d'autant plus qu'il nous incombe d'assurer l'application de l'art. 8 de la *Court of Appeal Act*, R.S.S. 1930, ch. 48. Le règlement du litige ne tient pas à la crédibilité relative des témoins, et il ne s'agit pas d'ajouter foi à un témoin plutôt qu'à un autre; évidemment, si tel était le cas, des considérations différentes s'appliqueraient. [p. 5]

262 En outre, dans l'affaire *Tarasoff c. Zielinsky*, la Cour d'appel a confirmé à la p. 138 qu'elle était aussi bien placée que le juge de première instance pour tirer une inférence de fait et conclure, en l'espèce, que le défunt avait été tué par le taureau du défendeur. Aussi, dans *French c. French*, p. 443, elle a indiqué qu'elle devait statuer en fonction de sa propre appréciation de la preuve lorsqu'elle ne pouvait faire siennes les inférences que le juge de première instance avait tirées des faits :

> [TRADUCTION] Par conséquent, je peux seulement dire, en toute déférence, que je ne peux être d'accord avec les inférences que [le juge de première instance] tire des faits. Je dois donc statuer en me fondant sur ma propre appréciation de la preuve : *The Court of Appeal Act*, R.S.S. 1930, ch. 48, art. 8; *Lysnar c. National Bank of N.Z.*, [1935] 1 W.W.R. 625.

(Voir également *Wilson c. Erbach*, p. 666.)

263 Not only did the Saskatchewan Court of Appeal adopt the rehearing approach to appellate review in cases decided long before the decisions of this Court in *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672, and *Housen* (discussed below), following these two decisions, the Court of Appeal also appears to have maintained its adherence to this form of appellate review.

264 For instance, in *Valley Beef Producers Co-operative*, the Court of Appeal took occasion to examine in detail the provisions of *The Court of Appeal Act, 2000*, given its newness at the time and the concern among members of the bar of the Province that the role of the court is on the wane, in that it will not or cannot address appeals as robustly as it once did. The court explained this concern in the following manner:

> The concern, which seems to have been mounting over the last several years, stems from what are nowadays referred to in increasingly comprehensive terms as the "standards of appellate review", a continually evolving set of uniform, national standards governing the determination of issues of fact and questions of law raised before the court on appeal. It behoves us to recognize this concern and to address it. [para. 32]

265 In its interpretation of *The Court of Appeal Act, 2000*, the court noted that the right of appeal conferred by s. 7(2)(a), and augmented by s. 13 when unlimited, is "a right of the person which has first and foremost to do with relief from error or deficiency, if such be found, in the decision affecting that person" (para. 65). With regard to s. 12(1), the court stated that the legislature "could hardly have expressed itself in broader terms, evincing an intention to fully empower the court to take such steps in respect of the decision under appeal as occasion requires" (para. 70). Although full consideration of ss. 13 and 14 was not needed to decide the case, which essentially involved the trial judge's identification and application of the governing law, the court nevertheless went on to state that "[s]ection 14 is concerned with issues of fact, as is s. 13, but it extends beyond this, inasmuch as it goes on to empower the court to pronounce judgment, which entails the application of law to fact once properly established" (para. 73). The court concluded that

Non seulement la Cour d'appel de la Saskatchewan a adopté l'appel par voie de nouvelle audition bien avant les arrêts *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672, et *Housen* de notre Cour (sur lesquels je reviendrai), mais elle semble avoir continué depuis de privilégier cette forme de révision en appel.

À titre d'exemple, dans l'arrêt *Valley Beef Producers Co-operative*, la Cour d'appel a saisi l'occasion d'examiner en détail la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, étant donné sa nouveauté à l'époque et la crainte des avocats de la province que la Cour d'appel ne connaisse un déclin du fait qu'elle ne voudrait ou ne pourrait plus instruire les appels avec la vigueur d'autrefois. Voici comment la Cour d'appel a expliqué cette appréhension :

> [TRADUCTION] La crainte, qui semble s'être accrue ces dernières années, est due aux « normes de révision en appel » — expression de plus en plus générale aujourd'hui consacrée —, un ensemble de normes nationales uniformes en constante évolution régissant le règlement des questions de fait et de droit soulevées devant la Cour d'appel. Il nous faut reconnaître cette crainte et en tenir compte. [par. 32]

Dans son analyse de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, la Cour d'appel a signalé que le droit d'appel conféré par l'al. 7(2)a), et accru par l'art. 13 lorsque aucune restriction ne s'applique, est [TRADUCTION] « un droit permettant d'abord et avant tout à son titulaire d'obtenir la réparation de toute erreur ou lacune décelée dans la décision qui le touche » (par. 65). En ce qui concerne le par. 12(1), elle a affirmé que le législateur [TRADUCTION] « aurait pu difficilement s'exprimer de manière plus générale, ce qui traduit l'intention d'investir véritablement la Cour d'appel du pouvoir de prendre les mesures qui s'imposent à l'égard de la décision portée en appel » (par. 70). Même s'il n'était pas nécessaire d'analyser les art. 13 et 14 pour statuer dans cette affaire, qui portait essentiellement sur la définition et l'application du droit applicable par le juge de première instance, la Cour d'appel a néanmoins ajouté que [TRADUCTION] « [l]'art. 14, à l'instar de l'art. 13, vise les questions de fait, mais va plus loin et habilite la Cour d'appel à rendre jugement, ce qui suppose l'application du

"[a]ll of this, of course, dovetails with the notion of appeal by way of re-hearing."

As for the central issue in the appeal — in what circumstances will the Court of Appeal exercise its remedial powers conferred on it by s. 12(1) and take issue with a chambers judge's decision on the grounds of (i) the judge's identification of the governing law and (ii) the judge's application of that law to the facts of the case — the court held that the court will exercise these powers "if satisfied of material error of law or material deficiency in respect of the decision under appeal" (para. 92). Moreover, although the court was of the view that appeal by way of rehearing remains the case in Saskatchewan, to the extent the basis for the exercise of the powers conferred on the court is expressed in terms of "standards of review", it went on to offer its opinion as to the standards in Saskatchewan (paras. 95-96).

First, with regard to questions of law, which, in the court's view, include both the judge's identification of the law as well as the judge's application of the law to the facts, the court stated that the standard in Saskatchewan was correctness (paras. 96 and 111). On this point, the court acknowledged that its decision was in contrast with the majority opinion in *Housen*; it attempted to justify this conflict in a number of ways, including by noting that the decision in *Housen* did not address the Saskatchewan Act (para. 108). Second, with regard to questions of fact, the court held that, for so-called primary and secondary facts (i.e., what I term "factual findings" and "inferences of fact") that are not dependent on hearing *viva voce* evidence or assessments of credibility, "no greater measure of deference is called for than that pertaining to the office of the judge, who being a superior court judge may be presupposed to have made reasonable findings of fact" (para. 117). In contrast, for findings of fact that do arise out of *viva voce* evidence and assessments of credibility, the court held that "again the court will address the issue on the standard of 'reasonableness', determined on the same basis and to the same extent as otherwise, but accompanied by an

droit aux faits dûment établis » (par. 73). La Cour d'appel a conclu que [TRADUCTION] « [t]out cela, évidemment, cadre bien avec la notion d'appel par voie de nouvelle audition. »

266 En ce qui a trait à la principale question en litige dans le présent pourvoi — dans quelles circonstances la Cour d'appel exercera les pouvoirs de réparation que lui confère le par. 12(1) et marquera son désaccord avec la décision du juge en chambre quant (i) à la définition du droit applicable et (ii) à l'application de ce droit aux faits de l'espèce —, la Cour d'appel a conclu qu'elle exercera ces pouvoirs [TRADUCTION] « si elle est convaincue qu'une erreur de droit ou une lacune importantes entache la décision portée en appel » (par. 92). De plus, même si elle était d'avis que l'appel par voie de nouvelle audition s'appliquait toujours en Saskatchewan, dans la mesure où le fondement de l'exercice de ses pouvoirs reprenait la terminologie des « normes de contrôle », la Cour d'appel s'est aussi prononcée sur les normes applicables en Saskatchewan (par. 95-96).

267 Premièrement, en ce qui concerne les questions de droit, qui, selon elle, comprennent tant la définition du droit que son application aux faits, la Cour d'appel a dit que la norme applicable en Saskatchewan était celle de la décision correcte (par. 96 et 111). Sur ce point, elle a reconnu que sa décision allait à l'encontre de l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Housen*; elle a tenté de justifier cette contradiction de nombreuses façons, notamment en signalant que l'arrêt *Housen* ne faisait pas mention de la loi sur la Cour d'appel de la Saskatchewan (par. 108). Deuxièmement, au chapitre des questions de fait, elle a conclu que les conclusions relatives à des faits dits essentiels et secondaires (que j'appelle « conclusions factuelles » et « inférences de fait ») qui ne tiennent pas à l'audition des témoignages de vive voix ni à l'appréciation de la crédibilité, [TRADUCTION] « ne commandent pas une plus grande déférence que la charge du juge, dont on peut présupposer, s'agissant d'un juge d'une cour supérieure, qu'il a tiré des conclusions de fait raisonnables » (par. 117). À l'opposé, dans le cas des conclusions de fait découlant de témoignages entendus de vive voix et de l'appréciation de la crédibilité, la Cour d'appel a statué que, [TRADUCTION] « encore

appreciably higher measure of deference by reason of the judge's advantage, denied this court, of having seen and heard the witnesses" (para. 119).

268 While it is apparent that there is some divergence between my conclusion and that of the Court of Appeal in *Valley Beef Producers Co-operative* regarding the circumstances in which the Court of Appeal will interfere with the trial judge's decision and instead apply its own view of the evidence, this is of secondary importance. If necessary, the conflict can be reconciled by this Court. What is of primary importance is the fact that in *Valley Beef Producers Co-operative*, a decision that was rendered after *The Court of Appeal Act, 2000* was enacted and post-*Housen*, the Court of Appeal confirmed that in Saskatchewan, at least, "appeal by way of rehearing remains the case" (para. 95).

269 This understanding of the nature of appellate review in Saskatchewan was repeated by the Court of Appeal in the case at bar: see *H.L.* (C.A.), at para. 77.

(b) *Reconciliation of Cases That Appear to Conflict With Conclusion That the Nature of Appellate Review in Saskatchewan Is by Way of Rehearing*

270 To the extent that there are cases from this Court and the Saskatchewan Court of Appeal that appear to conflict with my conclusion regarding the nature and (so-called) standards of review in Saskatchewan, in my view, they can be reconciled in one of three ways: (i) they can be limited to their specific *rationes decidendi*; (ii) they can be distinguished because they do not refer to *The Court of Appeal Act, 2000* or its predecessors or (iii) they may simply require reconsideration in light of the above analysis regarding the nature of appellate review in Saskatchewan. In this section, I will discuss in turn each of the cases cited by Fish J. that appear to conflict with my understanding that the nature of appellate review in Saskatchewan is by way of rehearing.

une fois, elle appliquera la norme de la "raisonnabilité", de la même manière et dans la même mesure, mais en faisant preuve d'une déférence sensiblement plus grande en raison de l'avantage que confère au juge, à l'exclusion de la Cour d'appel, le fait d'avoir vu et entendu les témoins » (par. 119).

Il semble y avoir une certaine divergence entre ma conclusion et celle de la Cour d'appel dans *Valley Beef Producers Co-operative* quant aux circonstances dans lesquelles la Cour d'appel peut modifier la décision du juge de première instance en se fondant plutôt sur sa propre appréciation de la preuve, mais elle a peu d'importance. Notre Cour peut au besoin concilier les deux points de vue. Il importe surtout que, dans *Valley Beef Producers Co-operative*, une décision rendue après l'adoption de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* et après l'arrêt *Housen*, la Cour d'appel a confirmé que [TRADUCTION] « l'appel par voie de nouvelle audition s'applique toujours », du moins en Saskatchewan (par. 95).

Dans la présente affaire, la Cour d'appel a de nouveau adopté cette position sur la nature de la révision en appel dans la province : voir *H.L.* (C.A.), par. 77.

b) *Conciliation avec les arrêts qui semblent contredire ma conclusion selon laquelle, en Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition*

Les arrêts de notre Cour et de la Cour d'appel de la Saskatchewan qui semblent contredire ma conclusion sur la nature de la révision en appel et les « normes de contrôle » en appel applicables dans la province peuvent, à mon avis, être conciliés avec elle de trois façons : (i) en ne retenant que leur *ratio decidendi*, (ii) en les distinguant parce qu'ils ne font mention ni de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* ni des lois qu'elle a remplacées, ou (iii) en les réexaminant simplement à la lumière de l'analyse qui précède concernant la nature de la révision en appel en Saskatchewan. J'examinerai ci-après chacun des arrêts cités par le juge Fish qui semblent aller à l'encontre de ma conclusion selon laquelle l'appel est instruit par voie de nouvelle audition en Saskatchewan.

(i) *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan v. Schatz*

Prior to *Lensen* (discussed below), the leading case in Saskatchewan regarding appellate review was *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan v. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244. In this case, Sherstobitoff J.A., for himself and for Tallis J.A., held that "palpable and overriding error" is the proper standard to apply to intervention by a Court of Appeal in respect of findings of fact by a trial judge. Although Sherstobitoff J.A. acknowledged that a "rehearing" is similar to what s. 8 (now s. 14) of *The Court of Appeal Act* requires of the court, he also stated:

> While, on its face, s. 8 appears to confer not only the power, but a duty to "rehear" or "retry" a case, simple fairness and justice require a court of appeal to recognize that a trial judge has an immense advantage in assessing evidence and arriving at findings of fact as opposed to a court of appeal which is confined to an examination of a cold black and white record of a trial proceeding, completely devoid of the tension, emotion, colour, and atmosphere of a trial, all of which factors are immeasurably important in assisting a trial judge in arriving at his conclusions. It is for these reasons that a court of appeal must extend very substantial deference to the finding of facts of a trial judge. The issue has been considered on many occasions by the Supreme Court of Canada and its decisions bear these principles out. [p. 248]

After canvassing the case law to date regarding an appellate court's jurisdiction to review findings of fact, Sherstobitoff J.A. summarized the generally accepted principles that emerged from the authorities as follows:

> 1. This court is obliged under s. 8 of the *Court of Appeal Act* to review the impugned findings of fact of a trial judge and if it finds error, to make its own findings of

(i) L'arrêt *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan c. Schatz*

271 Avant l'arrêt *Lensen* (que j'examine plus loin), en Saskatchewan, l'arrêt de principe en matière de révision en appel était *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan c. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244. Dans cet arrêt, s'exprimant également au nom du juge Tallis, le juge Sherstobitoff a conclu que la norme applicable à l'intervention de la Cour d'appel à l'égard d'une conclusion de fait du juge de première instance était celle de « l'erreur manifeste et dominante ». Même s'il a reconnu que ce que l'art. 8 de la *Court of Appeal Act* (devenu l'art. 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*) exigeait de la Cour d'appel s'apparentait à une « nouvelle audition », le juge Sherstobitoff a dit par ailleurs :

> [TRADUCTION] Si, à première vue, l'art. 8 paraît conférer non seulement le pouvoir, mais aussi l'obligation de « réentendre » l'affaire ou de l'« instruire à nouveau », la simple équité et la justice la plus élémentaire requièrent d'un tribunal d'appel qu'il reconnaisse que le juge de première instance a l'immense avantage de pouvoir apprécier les témoignages et de constater les faits, par opposition à un tribunal d'appel, confiné à l'étude froide, sans nuance, du dossier de première instance, dénué de la tension, de l'émotion, du pittoresque et de l'atmosphère qui ont imprégné le procès et qui sont tous des facteurs incommensurablement importants et si utiles au juge de première instance pour arriver à ses conclusions. C'est pour ces raisons qu'un tribunal d'appel doit traiter avec une grande déférence les constatations de fait du juge de première instance. La Cour suprême du Canada a examiné la question à de nombreuses occasions et ces principes ressortent de ses arrêts. [p. 248]

272 Après un examen approfondi de la jurisprudence relative au pouvoir d'une cour d'appel de réviser une conclusion de fait, le juge Sherstobitoff a résumé ainsi les principes généralement reconnus qui s'en dégageaient :

> [TRADUCTION]
>
> 1. La Cour d'appel doit, suivant l'art. 8 de la *Court of Appeal Act*, examiner les conclusions de fait contestées du juge de première instance et, si elle décèle une erreur,

fact where possible in substitution for those of the trial judge.

2. In a review of the findings of fact of a trial judge, the proper starting point is deference to a trial judge's findings in recognition of the great advantage which a trial judge has in assessing the evidence.

3. With respect to determinations of credibility and findings of fact based thereon, a court of appeal should not intervene unless it is certain that the trial judge erred and can identify the critical error.

4. Where the issue is the trial judge's view of the evidence as a whole, a court of appeal should not interfere unless there has been a palpable or overriding error. It must be shown that the trial judge has failed to use or has palpably misused his advantage.

5. Where there is evidence to support a finding of fact a court of appeal should not interfere in the absence of palpable or demonstrable error. [Emphasis in original; p. 251.]

273 Although this does not dispose of all the points of conflict between the decision in *Long Lake School Division* and my conclusion in these reasons, it must be noted that in his reasons Sherstobitoff J.A. accepted that a "rehearing" is similar to what s. 8 of *The Court of Appeal Act* requires of the Court of Appeal, and he acknowledged that "[t]his court is obliged under s. 8 of the *Court of Appeal Act* to review the impugned findings of fact of a trial judge and if it finds error, to make its own findings of fact where possible in substitution for those of the trial judge" (p. 251). These comments regarding the court's power to conduct an appeal by way of (or at least similar to) rehearing are in contrast with Fish J.'s assertion at para. 98 of his reasons that "[n]o decision has been drawn to our attention where the court has asserted a power of review by rehearing."

274 Furthermore, and contrary to Fish J.'s assertion in his reasons at para. 93, it is arguable that Sherstobitoff J.A.'s comments regarding the need for appellate deference to factual findings ought to be

tirer ses propres conclusions de fait et les substituer, dans la mesure du possible, à celles du juge de première instance.

2. Lors de leur examen, les conclusions de fait du juge de première instance commandent de prime abord une grande déférence étant donné l'énorme avantage dont jouit le juge du procès pour apprécier la preuve.

3. En ce qui concerne l'appréciation de la crédibilité et les conclusions de fait fondées sur celle-ci, une cour d'appel ne doit intervenir que si elle est convaincue que le juge de première instance a commis une erreur et que si l'erreur fatale peut être déterminée.

4. Lorsque le litige porte sur des conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve dans son ensemble, une cour d'appel ne doit intervenir qu'en cas d'erreur manifeste ou dominante. Il doit être démontré que le juge de première instance n'a pas mis son avantage à profit ou que, de toute évidence, il l'a fait à mauvais escient.

5. Lorsqu'une conclusion de fait est étayée par un élément de preuve, une cour d'appel ne doit pas intervenir en l'absence d'une erreur manifeste ou démontrable. [Souligné dans l'original; p. 251.]

Même si cela ne règle pas tous les points de divergence entre l'arrêt *Long Lake School Division* et ma conclusion en l'espèce, il faut noter que, dans ses motifs, le juge Sherstobitoff a reconnu que la « nouvelle audition » s'apparente à ce que l'art. 8 de la *Court of Appeal Act* exige de la Cour d'appel et que celle-ci [TRADUCTION] « [d]oit, suivant l'art. 8 de la *Court of Appeal Act*, examiner les conclusions de fait contestées du juge de première instance et, si elle décèle une erreur, tirer ses propres conclusions de fait et les substituer, dans la mesure du possible, à celles du juge de première instance » (p. 251). Ces propos concernant le pouvoir de la Cour d'appel d'instruire l'appel par voie de nouvelle audition (ou, à tout le moins, d'une manière qui s'y apparente) vont à l'encontre de ceux du juge Fish, au par. 98 de ses motifs, selon lesquels « [n]ulle décision où la Cour d'appel a revendiqué le pouvoir d'instruire l'appel par voie de nouvelle audition n'a été portée à notre attention. »

En outre, et contrairement à ce qu'affirme le juge Fish au par. 93 de ses motifs, on peut soutenir que les propos du juge Sherstobitoff sur la nécessité de faire preuve de déférence en appel à l'égard des

restricted to matters that engage the special advantage of the trial judge, which include but are not limited to assessments of credibility. For instance, although Sherstobitoff J.A. refers simply to a "finding of fact" when he states in his fifth numbered point quoted above that "[w]here there is evidence to support a finding of fact a court of appeal should not interfere in the absence of palpable or demonstrable error", in the three previous points, he makes reference to the special advantage of the trial judge and circumstances that engage it, namely, determinations of credibility and viewing the evidence as a whole. Thus, it can be argued that, in light of his discussion of the special advantage of the trial judge immediately preceding it, Sherstobitoff J.A.'s reference to a "finding of fact" in his fifth point (and the appellate deference it is owed) ought to be read as pertaining to only those findings that engage the special advantage of the trial judge. This argument is strengthened by Sherstobitoff J.A.'s conclusion on this point in the appeal that "[t]he matter reduces itself to whether the trial judge erred in accepting the evidence of Schatz as to intent. This is a matter of credibility where an appeal court should not interfere" (p. 252). Reading down Sherstobitoff J.A.'s comments regarding the need for appellate deference to factual findings in this manner would accord with my conclusion that the powers conferred by s. 14 (then s. 8) of the Act are subject to the judicial policy concern that trial judges enjoy a special advantage over an appellate court, such that when the trial judge's factual findings engage this special advantage, the Court of Appeal will only interfere and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a palpable and overriding error in his or her fact finding.

conclusions factuelles ne s'appliquent qu'aux questions qui font jouer l'avantage particulier du juge de première instance, dont l'appréciation de la crédibilité. Par exemple, alors qu'il ne renvoie qu'à une « conclusion de fait » en affirmant au point 5 que, [TRADUCTION] « [l]orsqu'une conclusion de fait est étayée par un élément de preuve, une cour d'appel ne doit pas intervenir en l'absence d'une erreur manifeste ou démontrable », le juge Sherstobitoff renvoie, aux trois points précédents, à l'avantage particulier du juge de première instance et aux circonstances dans lesquelles joue cet avantage, soit dans l'appréciation de la crédibilité et de la preuve dans son ensemble. Compte tenu de son analyse précédente de l'avantage dont jouit le juge de première instance, il faut donc conclure que lorsqu'il renvoie à une « conclusion de fait » au cinquième point (et à la déférence qu'elle commande en appel), le juge Sherstobitoff ne vise que la conclusion faisant jouer l'avantage particulier du juge de première instance. Cette prétention est étayée par sa conclusion selon laquelle [TRADUCTION] « [l]a question fondamentale dans cette affaire est de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en admettant le témoignage de M. Schatz relatif à l'intention. Il s'agit d'une question de crédibilité à l'égard de laquelle une cour d'appel ne devrait pas intervenir » (p. 252). Cette interprétation atténuée des propos du juge Sherstobitoff concernant la déférence que commande en appel une conclusion factuelle se concilie avec ma conclusion que l'exercice des pouvoirs conférés par l'art. 14 de la Loi (qui a remplacé l'art. 8 de la *Court of Appeal Act*) est subordonné à la considération de politique judiciaire selon laquelle le juge de première instance a un avantage particulier sur la cour d'appel, de sorte que lorsque les conclusions factuelles du juge de première instance feront jouer cet avantage particulier, la Cour d'appel n'interviendra et ne se fondera sur sa propre appréciation de la preuve que si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en appréciant les faits.

To the extent that it remains unclear whether Sherstobitoff J.A.'s comments regarding the need for appellate deference to factual findings can be restricted to matters that engage the special advantage of the trial judge or whether they are to apply to

275 Dans la mesure où l'on ne peut affirmer avec certitude que les propos du juge Sherstobitoff sur la déférence que commandent en appel les conclusions factuelles ne s'appliquent qu'aux questions faisant jouer l'avantage particulier du juge de première

all factual findings and inferences, I would simply say that the reasoning in this case may be in need of reconsideration in light of my analysis regarding the nature and (so-called) standards of appellate review in Saskatchewan. In *H.L.* (C.A.), the Court of Appeal acknowledged that this might be the case and stated that:

> In *Board of Education of Long Lake School Division No. 30 v. Schatz et al.*, we made some effort to reconcile the general standards of review as they were then emerging with what was then section 8, and is now section 14, of the *Act*. However, we did not then appreciate where the continuing evolution of these standards would ultimately lead. The appeal in that case centred on a finding of fact based on the trial judge's assessment of the credibility and reliability of the testimony of one of the parties, whose intention was in issue. That, of course, made it unnecessary, strictly speaking, to do more than accommodate the test of "palpable and overriding error" to what is now section 14. In any event, given the way all of this has played out, we may have to reconsider some of what we had to say in *Schatz* in light of what a closer examination of sections 13 and 14 reveals. [para. 91]

276 Moreover, it must be noted that Wakeling J.A. dissented in *Long Lake School Division*. His comments support my position that the court's decision in this case may be in need of reconsideration. In particular, Wakeling J.A. noted that the appellate process is based upon the generally accepted view that three or more heads are better than one and that this was probably the reason for the broad language employed in s. 8 of *The Court of Appeal Act* (1978): *Long Lake School Division*, at p. 254. In this regard, Wakeling J.A. stated:

> There can be little doubt as to the extent of the legal mandate that has been given this court, and if review on appeal is to be as meaningful as the legislators clearly intended, I see no reason for limiting this right of appellate review to the point where the conclusion reached by the trial judge is completely unsupportable, or misses the mark so widely as to call into question whether the mark was ever a point of aim. I make this point for I am of the opinion that it is possible to so focus on the restrictions on appellate review that one useful aspect of the appeal process relating to factual considerations becomes largely emasculated. The party suffering from a judicial error of

instance, et non à toutes les conclusions et inférences factuelles, je me contenterai de dire qu'il pourrait être nécessaire de réexaminer le raisonnement suivi dans cet arrêt à la lumière de mon analyse de la nature de la révision en appel et des « normes de contrôle » en appel applicables en Saskatchewan. Dans *H.L.* (C.A.), la Cour d'appel en a convenu et a affirmé :

> [TRADUCTION] Dans *Board of Education of Long Lake School Division No. 30 c. Schatz et al.*, nous avons tenté de concilier les normes générales de révision qui se dessinaient à l'époque avec l'ancien art. 8, devenu l'art. 14, de la *Loi*. Cependant, nous ne nous rendions pas compte alors des répercussions qu'aurait ultimement la constante évolution de ces normes. Dans cette affaire, l'appel visait une conclusion de fait fondée sur l'appréciation, par le juge de première instance, de la crédibilité et de la fiabilité du témoignage de l'une des parties, dont l'intention était en cause. Ce qui a pour ainsi dire rendu inutile, à proprement parler, de faire plus qu'adapter le critère de l'« erreur manifeste et dominante » à l'actuel art. 14. Quoi qu'il en soit, étant donné la façon dont les choses ont évolué, nous devrons peut-être réexaminer certaines de nos affirmations dans *Schatz* à la lumière de ce que révélera un examen plus approfondi des art. 13 et 14. [par. 91]

Signalons en outre la dissidence du juge Wakeling, qui étaye ma thèse qu'il pourrait être nécessaire de réexaminer l'arrêt *Long Lake School Division* de la Cour d'appel. Plus particulièrement, le juge Wakeling a dit que le processus d'appel reposait sur le principe bien connu que trois têtes ou plus valent mieux qu'une, et que cela expliquait probablement l'emploi de termes généraux à l'art. 8 de la *Court of Appeal Act* (1978) : *Long Lake School Division*, p. 254. Il a ajouté :

> [TRADUCTION] L'étendue du mandat légal de notre Cour ne fait aucun doute, et si la révision en appel doit avoir toute l'importance que le législateur a clairement voulu lui donner, je ne vois aucune raison de limiter l'application de ce droit d'appel aux seuls cas où la conclusion tirée par le juge de première instance est totalement insoutenable ou rate tellement la cible qu'on peut se demander si elle a jamais été visée. J'insiste sur ce point car, à mon avis, il est possible de mettre l'accent sur les limitations de la révision en appel au point d'affaiblir considérablement un aspect utile du processus d'appel ayant trait aux considérations factuelles. La victime d'une opinion

opinion has only the slightest opportunity for correction, even though such party suffers an injustice which in my view must be as hard to accept as that arising from an error of law. [pp. 254-55]

Wakeling J.A. concluded his reasons in this case by stating that it would be a strange anomaly if

in a province which apparently grants this court the broadest powers of review of any appellate court in Canada (*Hallberg v. Canadian National Railway Company* (1955), 16 W.W.R. (N.S.) 539, at 544), we are nonetheless as restrictive as any such court in our ability to review evidence given at trial (where such evidence is not subject to degrees of credibility) and to differ from a trial judge's conclusions of fact drawn from such evidence. [p. 259]

(ii) *Tanel v. Rose Beverages (1964) Ltd.* and *Sisson v. Pak Enterprises Ltd.*

In *Tanel v. Rose Beverages (1964) Ltd.* (1987), 57 Sask. R. 214 (C.A.), both Bayda C.J.S., for himself and Wakeling J.A., and Vancise J.A. in dissent followed and applied the principles regarding the review of a trial judge's findings of fact that were set out by Sherstobitoff J.A. in *Long Lake School Division*. Cameron J.A., for himself, Gerwing and Sherstobitoff JJ.A., in *Sisson v. Pak Enterprises Ltd.* (1987), 64 Sask. R. 232 (C.A.), did likewise. Therefore, I do not consider it necessary to analyse these cases separately. To the extent that the decision in *Long Lake School Division* can be reconciled with my conclusion regarding the nature and (so-called) standards of appellate review in Saskatchewan, so too then can the decisions in these two cases. If it needs to be reconsidered, so do these other cases.

(iii) *Lensen*

In *Lensen*, this Court addressed whether it is proper for the Court of Appeal to reverse a finding of fact made by a judge at first instance. In his reasons for the Court, Dickson C.J. made explicit reference to s. 8 of *The Court of Appeal Act* (1978), and noted that "[d]espite its apparently broad language, s. 8 has been given a relatively narrow interpretation": p. 682, citing the Court of Appeal's decision

judiciaire erronée n'a qu'une infime possibilité d'obtenir réparation, et ce, même si elle subit une injustice qui, à mon sens, doit être aussi difficile à accepter que celle résultant d'une erreur de droit. [p. 254-255]

277 Le juge Wakeling a conclu en affirmant qu'il serait vraiment illogique que :

[TRADUCTION] dans une province qui accorde apparemment à la Cour d'appel les pouvoirs de révision les plus larges jamais conférés à une cour d'appel au Canada (*Hallberg c. Canadian National Railway Company* (1955), 16 W.W.R. (N.S.) 539, p. 544), nous restreignions néanmoins comme les autres cours d'appel notre capacité d'examiner la preuve présentée au procès (lorsque le degré de vraisemblance de cette preuve ne varie pas) et de nous dissocier des conclusions de fait que le juge de première instance a tirées de cette preuve. [p. 259]

(ii) Les arrêts *Tanel c. Rose Beverages (1964) Ltd.* et *Sisson c. Pak Enterprises Ltd.*

278 Dans l'arrêt *Tanel c. Rose Beverages (1964) Ltd.* (1987), 57 Sask. R. 214 (C.A.), tant le juge en chef Bayda, s'exprimant également au nom du juge Wakeling, que le juge Vancise, dissident, ont suivi et appliqué les principes énoncés par le juge Sherstobitoff dans *Long Lake School Division* pour la révision des conclusions de fait du juge de première instance. Dans l'arrêt *Sisson c. Pak Enterprises Ltd.* (1987), 64 Sask. R. 232 (C.A.), le juge Cameron a fait de même, les juges Gerwing et Sherstobitoff souscrivant à ses motifs. Il n'est donc pas nécessaire d'analyser séparément ces décisions. Si l'arrêt *Long Lake School Division* peut être concilié avec ma conclusion sur la nature de la révision en appel et les « normes de contrôle » en appel applicables en Saskatchewan, ces deux arrêts peuvent l'être aussi. Si l'arrêt *Long Lake School Division* doit être réexaminé, ces deux-là aussi.

(iii) L'arrêt *Lensen*

279 Dans l'arrêt *Lensen*, notre Cour s'est demandé si la Cour d'appel pouvait à bon droit infirmer une conclusion de fait du juge de première instance. Dans les motifs qu'il a rédigés au nom de notre Cour, le juge en chef Dickson a renvoyé expressément à l'art. 8 de la *Court of Appeal Act* (1978) et a affirmé que « [m]algré sa formulation apparemment générale, l'art. 8 a reçu une interprétation

in *Long Lake School Division* in support. In this regard, Dickson C.J. stated:

> It is a well-established principle that findings of fact made at trial based on the credibility of witnesses are not to be reversed on appeal unless it can be established that the trial judge made some "palpable and overriding error which affected his assessment of the facts": .... While section 8 of the Saskatchewan *Court of Appeal Act* authorizes the Court of Appeal to "draw inferences of fact", this task must be performed in relation to facts as found by the trial judge. Unless the trial judge has made some "palpable and overriding error" in this regard, s. 8 should not be construed so as to modify the traditional role of the Court of Appeal with respect to those findings. [Emphasis added; pp. 683-84.]

280 In terms of reconciling the decision of this Court in *Lensen* with my conclusion regarding the nature and (so-called) standards of appellate review in Saskatchewan, two points must be made. First, to the extent that the decision in *Lensen* relies upon the Court of Appeal's decision in *Long Lake School Division*, I simply refer to my earlier comments regarding that case. Second, the specific issue in *Lensen* was "whether the trial judge found as a fact that no oral agreement existed between the parties and, if so, whether the Court of Appeal erred by substituting its version of the facts" (p. 679). Dickson C.J. held that it was clear that the trial judge had made a finding that there was no agreement as alleged between the parties. Moreover, he held that "the trial judge was entitled to believe the defendant father's evidence and the evidence of his witnesses and reject the son's testimony and the testimony of his witnesses as to the existence of an oral contract between the parties": p. 684. Thus, Dickson C.J. concluded that because the trial judge did not make any palpable and overriding error in his assessment of the facts, the Court of Appeal exceeded its role as set out in s. 8 of the Act when it substituted its version of the facts for that given by the trial judge.

relativement étroite » : p. 682, citant à l'appui l'arrêt *Long Lake School Division* de la Cour d'appel. Il a ajouté :

> C'est un principe bien établi que les constatations de fait d'un juge de première instance, fondées sur la crédibilité des témoins, ne doivent pas être infirmées en appel à moins qu'il ne puisse être établi que le juge de première instance « a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits » : [. . .] Certes, l'art. 8 de la *Court of Appeal Act* de la Saskatchewan autorise la Cour d'appel à [TRADUCTION] « faire des déductions de fait », mais cela doit être accompli en fonction des faits constatés par le juge de première instance. À moins que le juge de première instance n'ait commis quelque « erreur manifeste et dominante » à cet égard, l'art. 8 ne doit pas être interprété de manière à modifier le rôle joué traditionnellement par la Cour d'appel en ce qui concerne ces constatations. [Je souligne; p. 683-684.]

Pour ce qui est de concilier l'arrêt *Lensen* de notre Cour avec ma conclusion sur la nature de la révision en appel et les « normes de contrôle » en appel applicables en Saskatchewan, deux remarques s'imposent. Premièrement, dans la mesure où cet arrêt se fonde sur l'arrêt *Long Lake School Division* de la Cour d'appel, je renvoie tout simplement à mes observations précédentes sur celui-ci. Deuxièmement, dans *Lensen*, la question en litige était de « savoir si le juge de première instance a effectivement constaté qu'il n'existait aucun contrat verbal entre les parties et, dans l'affirmative, si la Cour d'appel a commis une erreur en substituant sa propre version des faits » (p. 679). Pour le juge en chef Dickson, il était clair que le juge de première instance avait conclu, contrairement à ce qui était allégué, qu'aucune convention n'était intervenue entre les parties. Il a ajouté : « le juge de première instance était en droit d'ajouter foi aux dépositions du père défendeur et de ses témoins, et de rejeter celles du fils et des siens, concernant l'existence d'un contrat verbal entre les parties » (p. 684). Le juge de première instance n'ayant commis aucune erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits, le juge en chef Dickson a donc conclu que la Cour d'appel avait outrepassé le pouvoir conféré à l'art. 8 de la *Court of Appeal Act* en substituant sa version des faits à celle du juge de première instance.

From this brief review, it is clear that the factual finding at issue in *Lensen* (i.e., whether an oral contract existed between the parties) was dependent on the trial judge's assessments of credibility; therefore, I conclude that this Court's decision in *Lensen* must be limited to its specific *ratio decidendi*, which, in my view, is the following: findings of fact made at trial based on the credibility of witnesses are not to be reversed on appeal unless it can be established that the trial judge made some "palpable and overriding error which affected his assessment of the facts" (p. 684). If this Court's decision in *Lensen* is limited in this way, it accords with my conclusion that the powers conferred by s. 14 (then s. 8) of the Act are subject to the judicial policy concern that trial judges enjoy a special advantage over an appellate court, such that when the trial judge's factual findings engage this special advantage (e.g., when based on credibility), the Court of Appeal will only interfere and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a palpable and overriding error in his or her fact finding.

281 Il ressort de ce bref examen que la conclusion factuelle contestée dans l'affaire *Lensen* (celle relative à l'existence d'un contrat verbal entre les parties) tenait à l'appréciation de la crédibilité par le juge de première instance. J'arrive donc à la conclusion que seule la *ratio decidendi* de cet arrêt vaut en l'espèce et, selon moi, cette *ratio decidendi* est la suivante : les conclusions de fait tirées en première instance sur le fondement de la crédibilité des témoins ne peuvent être infirmées en appel que s'il est établi que le juge de première instance a commis une « erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits » (p. 684). Sa portée ainsi limitée, l'arrêt *Lensen* se concilie avec ma conclusion que l'exercice des pouvoirs conférés par l'art. 14 de la Loi (qui a remplacé l'art. 8 de la *Court of Appeal Act*) est subordonné à la considération de politique judiciaire selon laquelle le juge de première instance a un avantage particulier sur la cour d'appel, de sorte que lorsque la conclusion factuelle du juge fait jouer cet avantage particulier (c'est-à-dire lorsqu'elle se fonde sur la crédibilité), la Cour d'appel n'intervient et ne substitue sa propre appréciation de la preuve à celle du juge de première instance que si ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante d'appréciation des faits.

Nevertheless, I do acknowledge that in the excerpt from *Lensen* quoted above, Dickson C.J. states that while s. 8 of the Act authorizes the Court of Appeal to draw inferences of fact, this task (inference drawing) must be performed in relation to facts as found by the trial judge, and, unless the trial judge has made some palpable and overriding error in this regard, s. 8 should not be construed so as to modify the traditional role of the Court of Appeal with respect to those findings. I also acknowledge that, at first blush, this statement may appear to suggest that a palpable and overriding error standard should also apply to inferences. However, a closer reading of this statement reveals that Dickson C.J. is merely restating the principle he articulated immediately prior to this statement. In other words, he is stating that while the Act permits the Court of Appeal to draw inferences and inferences are logical conclusions based on established facts, this inference-drawing power does not change the fact that the

282 Je conviens néanmoins que dans l'extrait précité de l'arrêt *Lensen*, le juge en chef Dickson affirme que l'art. 8 de la *Court of Appeal Act* autorise la Cour d'appel à tirer des inférences de fait, mais que cette tâche (tirer des inférences) doit être accomplie en fonction des faits constatés par le juge de première instance. Il ajoute que, sauf erreur manifeste et dominante commise par ce dernier à cet égard, l'art. 8 ne doit pas être interprété de manière à modifier le rôle traditionnel de la Cour d'appel en ce qui concerne ces constatations. Je conviens également que, de prime abord, cette affirmation peut donner à penser que la norme de l'erreur manifeste et dominante devrait également s'appliquer aux inférences. Or, une lecture plus attentive de l'extrait révèle que le juge en chef Dickson réaffirme seulement le principe énoncé juste auparavant. Autrement dit, selon lui, même si la loi autorise la Cour d'appel à tirer des inférences et que les inférences constituent des conclusions logiques tirées à partir de faits établis, ce pouvoir de tirer

court may only intervene and reverse factual findings based on the credibility of witnesses when the trial judge has made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. As noted above, when the decision in *Lensen* is limited to this specific *ratio decidendi*, it is consistent with my conclusion that the powers conferred by s. 14 (then s. 8) of the Act are subject to the judicial policy concern that trial judges enjoy a special advantage over an appellate court, such that when the trial judge's factual findings engage this special advantage (e.g., when based on credibility), the Court of Appeal will only interfere and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a palpable and overriding error in his or her fact finding.

des inférences ne change rien au fait que la Cour d'appel ne peut intervenir et infirmer des conclusions factuelles tirées sur le fondement de la crédibilité des témoins que lorsque le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ayant faussé son appréciation des faits. Comme je l'ai déjà dit, si l'on ne considère que sa *ratio decidendi*, l'arrêt *Lensen* est compatible avec ma conclusion que l'exercice des pouvoirs conférés par l'art. 14 de la Loi (qui a remplacé l'art. 8 de la *Court of Appeal Act*) est subordonné à la considération de politique judiciaire selon laquelle le juge de première instance a un avantage particulier sur la cour d'appel. Ainsi, lorsque les conclusions factuelles du juge de première instance font jouer cet avantage particulier (parce qu'elles sont fondées sur l'appréciation de la crédibilité), la Cour d'appel n'intervient et ne se fonde sur sa propre appréciation de la preuve que si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en appréciant les faits.

(iv) *Bogdanoff v. Saskatchewan Government Insurance*; *Knight v. Huntington*; and *Brown v. Zaitsoff Estate*

(iv) Les arrêts *Bogdanoff c. Saskatchewan Government Insurance*, *Knight c. Huntington* et *Brown c. Zaitsoff Estate*

283 The Court of Appeal's recent decisions in *Knight v. Huntington* (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68, *Bogdanoff v. Saskatchewan Government Insurance* (2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35, and *Brown v. Zaitsoff Estate* (2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18, all deal with the issue of the conditions under which the Court of Appeal can interfere with a trial judge's decision on a question of fact. Because all of these cases explicitly rely upon this Court's decision in *Lensen*, comments regarding that case, as well as my comments regarding *Long Lake School Division*, the decision upon which *Lensen* relies, should be kept in mind when reviewing them.

Les récents arrêts *Knight c. Huntington* (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68, *Bogdanoff c. Saskatchewan Government Insurance* (2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35, et *Brown c. Zaitsoff Estate* (2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18, de la Cour d'appel, portent tous sur les conditions auxquelles elle peut modifier la décision du juge de première instance relative à une question de fait. Comme ils s'appuient tous clairement sur l'arrêt *Lensen* de notre Cour, il faut les considérer en tenant compte de mes observations sur ce dernier arrêt, ainsi que sur l'arrêt *Long Lake School Division*, dont *Lensen* s'inspire.

284 Moreover, in none of these cases was there any mention of *The Court of Appeal Act, 2000*. As I will more fully explain with regard to this Court's decision in *Housen*, this omission is indicative of a need to reconsider the precedential value of these three cases, given the uniqueness of the Saskatchewan Act.

En outre, aucun de ces arrêts ne fait mention de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*. Comme je l'expliquerai plus en détail en examinant l'arrêt *Housen* de notre Cour, cette omission met en évidence la nécessité de reconsidérer la valeur jurisprudentielle de ces trois arrêts, étant donné la singularité de la Loi de la Saskatchewan.

Finally, to the extent that the Court of Appeal in these three cases applied the palpable and overriding error standard to findings of fact in which the special advantage of the trial judge is not engaged or to inferences of fact, the court's reasoning in this regard may be in need of reconsideration in light of my analysis regarding the nature and (so-called) standards of appellate review in Saskatchewan. For example (and as noted by Fish J. at para. 108 of his reasons), in *Bogdanoff v. Saskatchewan Government Insurance*, Gerwing J.A., in oral reasons for the court, applied a palpable and overriding error standard to a finding of causation. In *Brown v. Zaitsoff Estate*, Tallis J.A. applied the same standard to a finding that the respondent had not exerted undue influence on his mother. Similarly, in *Knight v. Huntington*, Sherstobitoff J.A. stated that "to the extent that [the trial judge's] findings depended upon drawing inferences of fact, the appellants must show that there was no evidence from which those conclusions could reasonably be drawn" (para. 28). In contrast, as I mentioned earlier, in Saskatchewan, where the nature of appellate review is by way of rehearing, the Court of Appeal will interfere with findings of fact that do not engage the special advantage of the trial judge when there is a simple error, and for inferences of fact, the threshold for appellate intervention is reasonableness.

285 Enfin, dans la mesure où, dans ces trois arrêts, la Cour d'appel a appliqué la norme de l'erreur manifeste et dominante à des conclusions de fait ne faisant pas jouer l'avantage particulier du juge de première instance ou à des inférences de fait, il pourrait être nécessaire de reconsidérer le raisonnement de la Cour d'appel à la lumière de mon analyse concernant la nature de la révision en appel et les « normes de contrôle » en appel applicables en Saskatchewan. Ainsi, et le juge Fish le signale au par. 108 de ses motifs, dans *Bodganoff c. Saskatchewan Government Insurance*, le juge Gerwing, s'exprimant de vive voix au nom de la Cour d'appel, a appliqué la norme de l'erreur manifeste et dominante à une conclusion sur la causalité. Dans *Brown c. Zaitsoff Estate*, le juge Tallis a appliqué la même norme à la conclusion que l'intimé n'avait exercé aucune influence indue sur sa mère. De même, dans *Knight c. Huntington*, le juge Sherstobitoff a affirmé que, [TRADUCTION] « dans la mesure où les conclusions [du juge de première instance] tenaient à des inférences de fait, les appelants doivent démontrer qu'aucun élément de preuve ne permettait raisonnablement de les tirer » (par. 28). Par contre, je le répète, en Saskatchewan, où l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, la Cour d'appel peut infirmer une conclusion factuelle qui ne fait pas jouer l'avantage particulier du juge de première instance si elle est entachée d'une simple erreur; quant aux inférences de fait, la norme applicable est celle de la raisonnabilité.

(v) *Housen v. Nikolaisen*

The appeal in *Housen* arose out of a motor vehicle accident which occurred on a rural road in the Municipality of Shellbrook, Saskatchewan. At trial, the judge found that the driver of the vehicle, Douglas Nikolaisen, was negligent in travelling the rural road at an excessive rate of speed and in operating his vehicle while impaired. The trial judge also found the respondent, the Municipality of Shellbrook, to be at fault for breaching its duty to keep the road in a reasonable state of repair as required by s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, c. R-26.1. The Court of Appeal overturned the trial judge's finding that the municipality was negligent. At issue in the appeal to this

(v) L'arrêt *Housen c. Nikolaisen*

286 Dans l'affaire *Housen*, le pourvoi découlait d'un accident automobile survenu sur une route rurale dans la municipalité de Shellbrook, en Saskatchewan. Au procès, la juge a conclu que le conducteur du véhicule, Douglas Nikolaisen, avait fait preuve de négligence en roulant à une vitesse excessive sur une route rurale et en conduisant son véhicule en état d'ébriété. La juge de première instance a également estimé que l'intimée, la municipalité de Shellbrook, avait commis une faute en manquant à l'obligation que lui faisait l'art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, ch. R-26.1, de tenir le chemin dans un état raisonnable d'entretien. La Cour d'appel a infirmé sa

Court was whether the Court of Appeal had sufficient grounds to intervene in the decision of the lower court. In *Housen*, the Court was divided as to the proper standard of review for questions of mixed law and fact, as well as for inferences drawn from findings of fact. In the case at bar, we are concerned only with the latter issue; that is, when the Saskatchewan Court of Appeal will interfere with a trial judge's decision regarding inferences drawn from findings of fact.

287 In his reasons, Fish J. states that the majority and the minority in *Housen* shared the same view as to the standard of review for questions of fact, which include findings of fact and inferences of fact. In his opinion, "[i]t was in the application of this shared view as to the governing principle that the Court divided": para. 66 (emphasis in original). In this regard, Fish J. states that, "according to the majority in *Housen*, the test to be applied in reviewing inferences of fact is 'not to verify that the inference can be reasonably supported by the findings of fact of the trial judge, but whether the trial judge made a palpable and overriding error in coming to a factual conclusion based on accepted facts' which, in its view, implied a stricter standard" (para. 72, citing *Housen*, at para. 21 (emphasis in *Housen*)). Fish J. notes that the majority was concerned that drawing an analytical distinction between factual findings and factual inferences, as advocated by the minority, might lead appellate courts to involve themselves in unjustified reweighing of evidence. He also notes that the majority stated that "[i]f there is no palpable and overriding error with respect to the underlying facts that the trial judge relies on to draw the inference, then it is only where the inference-drawing process itself is palpably in error that an appellate court can interfere with the factual conclusion" (para. 72, citing *Housen*, at para. 23 (emphasis in *Housen*)).

conclusion selon laquelle il y avait eu négligence de la part de la municipalité intimée. La question en litige que devait trancher notre Cour était de savoir si la Cour d'appel avait eu des motifs suffisants de modifier la décision du tribunal inférieur. La question de la norme de contrôle applicable à une question mixte de droit et de fait, ainsi qu'à une inférence tirée d'une conclusion de fait, a divisé notre Cour. Dans la présente espèce, seul ce dernier cas nous intéresse : dans quelles circonstances la Cour d'appel de la Saskatchewan peut-elle modifier la décision du juge de première instance concernant une inférence tirée d'une conclusion de fait?

Dans ses motifs, le juge Fish dit que, dans *Housen*, les juges majoritaires et les juges minoritaires partageaient le même avis sur la norme de contrôle applicable à une question de fait, ce qui comprend la conclusion de fait et l'inférence de fait. À son avis, « [c]'est la mise en pratique de ce consensus quant au principe applicable qui a divisé notre Cour » : par. 66 (souligné dans l'original). Il ajoute que « de l'avis des juges majoritaires dans *Housen*, la révision d'une inférence de fait "ne consiste pas à vérifier si l'inférence peut être raisonnablement étayée par les conclusions de fait du juge de première instance, mais plutôt si ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante en tirant une conclusion factuelle sur la base de faits admis", ce qui, selon eux, suppose l'application d'une norme plus stricte » (par. 72, citant l'arrêt *Housen*, par. 21 (souligné dans *Housen*)). Selon le juge Fish, la majorité craignait que l'établissement d'une distinction analytique entre les conclusions factuelles et les inférences factuelles, comme le proposait la minorité, n'incite les cours d'appel à soupeser la preuve à nouveau et sans raison. Il fait également remarquer que, pour les juges majoritaires, « [s]i aucune erreur manifeste et dominante n'est décelée en ce qui concerne les faits sur lesquels repose l'inférence du juge de première instance, ce n'est que lorsque le processus inférentiel lui-même est manifestement erroné que la cour d'appel peut modifier la conclusion factuelle » (par. 72, citant l'arrêt *Housen*, par. 23 (souligné dans *Housen*)).

Fish J. then goes on to clarify these passages from the majority reasons in *Housen*. Specifically, he states that they cannot be taken to have restricted appellate scrutiny of the judge's inferences to an examination of the primary findings upon which they are founded and the process of reasoning by which they were reached. Instead, Fish J. asserts that "[a]ppellate scrutiny determines whether inferences drawn by the [trial] judge are 'reasonably supported by the evidence'" (para. 74). This statement is in direct conflict with the majority's statement in *Housen* that "the standard of review is not to verify that the inference can be reasonably supported by the findings of fact of the trial judge" (para. 21 (emphasis in original)). Moreover, to the extent that Fish J.'s clarification of the majority reasons in *Housen* can be understood to mean that the views of the majority and minority as to the standard of review for inferences of fact can be reconciled, I respectfully disagree. In my view, there was a major rift between the views of the majority and the minority on this issue.

288 Le juge Fish apporte ensuite des précisions sur ces passages des motifs majoritaires dans *Housen*. Il dit qu'on ne peut en déduire que l'examen en appel des inférences du juge de première instance se limite à l'examen des conclusions relatives à des faits prouvés directement sur lesquelles elles sont fondées et du raisonnement à l'issue duquel elles ont été tirées. Il affirme plutôt que « [l]'examen en appel consiste à déterminer si les inférences du juge [de première instance] sont "raisonnablement étayées par la preuve" » (par. 74). Cette affirmation va directement à l'encontre des propos des juges majoritaires dans *Housen* selon lesquels « la norme de contrôle ne consiste pas à vérifier si l'inférence peut être raisonnablement étayée par les conclusions de fait du juge de première instance » (par. 21 (souligné dans l'original)). De plus, dans la mesure où l'on peut conclure des précisions qu'apporte le juge Fish aux motifs des juges majoritaires dans *Housen* qu'il est possible de concilier les points de vue de la majorité et de la minorité quant à la norme de contrôle qui s'applique à l'inférence de fait, je ne peux les faire miennes. J'estime que cette question divisait profondément les juges majoritaires et les juges minoritaires.

For instance, although I agreed in my reasons for the minority in *Housen* that the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact, I stated that "it is nonetheless important to draw an analytical distinction between the two" (para. 103). I was concerned that "[i]f the reviewing court were to review only for errors of fact, then the decision of the trial judge would necessarily be upheld in every case where evidence existed to support his or her factual findings." Thus, it was my view that, "this Court is entitled to conclude that inferences made by the trial judge were clearly wrong, just as it is entitled to reach this conclusion in respect to findings of fact". Thus, when reviewing the making of an inference, I stated that "the appeal court will verify whether it can reasonably be supported by the findings of fact that the trial judge reached and whether the judge proceeded on proper legal principles". The fact that the trial judge referred to some evidence to support his or her finding on

289 Par exemple, après avoir reconnu, dans les motifs que j'ai rédigés pour la minorité dans *Housen*, que la norme de contrôle était la même pour les conclusions de fait et les inférences de fait, j'ai indiqué qu'« il import[ait] néanmoins de faire une distinction analytique entre les deux » (par. 103). Je craignais que « [s]i le tribunal de révision ne faisait que vérifier s'il y a des erreurs de fait, la décision du juge de première instance serait alors nécessairement confirmée dans tous les cas où il existe des éléments de preuve étayant les conclusions de fait de ce dernier. » J'estimais donc que « notre Cour a[vait] le droit de conclure que les inférences du juge de première instance étaient manifestement erronées, tout comme elle peut le faire à l'égard des conclusions de fait ». J'ai opiné que « [l]a cour d'appel qui contrôle la validité d'une inférence se demande si celle-ci peut raisonnablement être étayée par les conclusions de fait tirées par le juge de première instance et si celui-ci a appliqué les principes juridiques appropriés ». Le

an issue will not insulate the finding from review (para. 169).

290 Iacobucci and Major JJ. for the majority in *Housen* disagreed with my articulation of the standard of review for inferences of fact in two respects. First, they stated that "the standard of review is not to verify that the inference can be reasonably supported by the findings of fact of the trial judge, but whether the trial judge made a palpable and overriding error in coming to a factual conclusion based on accepted facts, which implies a stricter standard" (para. 21 (emphasis in original)). With respect, I still do not understand how an appellate court can reasonably make such a distinction, or how it can be said that the legislature would have wanted that a court clearly mandated to correct errors be so limited. I cannot see on what basis such a judicial policy can be justified. Second, in their view, drawing an analytical distinction between factual findings and factual inferences could lead appellate courts to engage in unjustified reweighing of the evidence. Iacobucci and Major JJ. stated that although they agreed that it is open to an appellate court to find that an inference of fact made by the trial judge is clearly wrong, they added the caution that "where evidence exists to support this inference, an appellate court will be hard pressed to find a palpable and overriding error" (para. 22). This caution was based on the idea that "where evidence exists which supports [a factual conclusion], interference with this conclusion entails interference with the weight assigned by the trial judge to the pieces of evidence". Because the majority felt that it is not the role of appellate courts to second-guess the weight assigned to various items of evidence, given what it perceived to be the advantageous position of the trial judge in this respect, it stated that "[i]f there is no palpable and overriding error with respect to the underlying facts that the trial judge relies on to draw the inference, then it is only where the inference-drawing process itself is palpably in error that an appellate court can

fait que le juge de première instance mentionne un élément de preuve à l'appui de sa conclusion n'a pas pour effet de la soustraire au contrôle (par. 169).

Au nom des juges majoritaires dans *Housen*, les juges Iacobucci et Major ont exprimé leur désaccord avec ma formulation de la norme de contrôle applicable aux inférences de fait pour deux raisons. Premièrement, selon eux, « la norme de contrôle ne consiste pas à vérifier si l'inférence peut être raisonnablement étayée par les conclusions de fait du juge de première instance, mais plutôt si ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante en tirant une conclusion factuelle sur la base de faits admis, ce qui suppose l'application d'une norme plus stricte » (par. 21 (souligné dans l'original)). En toute déférence, je ne vois toujours pas comment un tribunal d'appel peut raisonnablement établir une telle distinction ni comment on peut prétendre que le législateur a voulu limiter ainsi les pouvoirs d'une cour à laquelle il a clairement enjoint de réparer toute erreur commise. Je ne vois pas comment un tel principe judiciaire pourrait être justifié. Deuxièmement, pour les juges Iacobucci et Major, établir une distinction analytique entre les conclusions factuelles et les inférences factuelles pouvait inciter les cours d'appel à soupeser la preuve à nouveau et sans raison. Ils ont convenu qu'une cour d'appel pouvait conclure qu'une inférence de fait tirée par le juge de première instance était manifestement erronée, mais ils ont ajouté : « lorsque des éléments de preuve étayent cette inférence, il sera difficile à une cour d'appel de conclure à l'existence d'une erreur manifeste et dominante » (par. 22). Cette mise en garde reposait sur l'idée que « lorsqu'[une conclusion factuelle] est étayée par des éléments de preuve, modifier cette conclusion équivaut à modifier le poids accordé à ces éléments par le juge de première instance ». Comme, à leur avis, il n'appartenait pas à une cour d'appel de remettre en question le poids accordé aux différents éléments de preuve, compte tenu de leur perception de la situation privilégiée du juge de première instance à cet égard, les juges majoritaires ont dit que « [s]i

interfere with the factual conclusion" (para. 23 (emphasis in original)).

In response to the majority's criticism of my approach to the standard of review for inferences of fact, I would now say that we all agree that an appellate court must verify whether the making of an inference can be reasonably supported by the trial judge's findings of fact. It is the question of the standard of review that has to be addressed in more clear terms. In my view, there is no difference between concluding that it was "unreasonable" or "palpably wrong" for a trial judge to draw an inference from the facts as found by him or her, and concluding that the inference was not reasonably supported by those facts. The distinction is merely semantic. To transport the analysis to the inference-drawing process is, in my view, of no assistance.

In light of the above discussion and in contrast with Fish J.'s assertion that it was in the application of a shared view as to the standard of review that the Court divided, I contend that the majority and the minority in *Housen* articulated different standards of review for inferences of fact. The majority was of the view that where evidence exists to support the trial judge's inference of fact, an appellate court will be hard pressed to find a palpable and overriding error. The error would have to be in the process. In contrast, the minority argued that it is not enough for an appellate court to verify that some evidence "exists" to support the trial judge's inference; rather, the appellate court must verify whether the inference can be reasonably supported by the findings of fact that the trial judge reached and whether the judge proceeded on proper legal principles. The standard articulated by the minority "entitles the appellate court to assess whether or not it was clearly wrong for the trial judge to rely on some evidence when other evidence points overwhelmingly to the opposite conclusion" (*Housen*, at para. 169).

aucune erreur manifeste et dominante n'est décelée en ce qui concerne les faits sur lesquels repose l'inférence du juge de première instance, ce n'est que lorsque le processus inférentiel lui-même est manifestement erroné que la cour d'appel peut modifier la conclusion factuelle » (par. 23 (souligné dans l'original)).

291 Je répondrai maintenant à leur critique de mon point de vue sur la norme de contrôle applicable aux inférences de fait. Nous convenons tous qu'une cour d'appel doit vérifier si l'inférence peut être raisonnablement étayée par les conclusions de fait du juge de première instance. C'est la question de la norme de contrôle applicable qui demeure nébuleuse. À mon avis, il n'y a aucune différence entre conclure qu'il était « déraisonnable » ou « manifestement erroné » de tirer une inférence des faits établis et de conclure que cette inférence n'était pas raisonnablement étayée par ces faits. La distinction est d'ordre purement sémantique. Faire porter l'analyse sur le processus inférentiel n'est, selon moi, d'aucune utilité.

292 À la lumière de l'analyse qui précède, et contrairement à l'affirmation du juge Fish selon laquelle c'est la mise en pratique d'un consensus sur la norme de contrôle qui a divisé notre Cour, j'estime que, dans *Housen*, la majorité et la minorité ont préconisé l'application de normes de contrôle différentes aux inférences de fait. Selon les juges majoritaires, lorsque des éléments de preuve étayent l'inférence de fait du juge de première instance, une cour d'appel pourra difficilement conclure à l'existence d'une erreur manifeste et dominante. Il faudrait que l'erreur entache le processus lui-même. À l'opposé, les juges minoritaires ont estimé qu'il ne suffisait pas que la cour d'appel vérifie s'il « existe » quelque élément de preuve étayant l'inférence du juge de première instance; la cour d'appel devait plutôt se demander si l'inférence pouvait raisonnablement être étayée par les conclusions de fait du juge de première instance et si ce dernier avait appliqué les bons principes de droit. La norme proposée par la minorité « permet au tribunal d'appel de se demander si le juge de première instance a

P. M. Perell, in his article entitled "The Standard of Appellate Review and the Ironies of Housen v. Nikolaisen" (2004), 28 *Advocates' Q.* 40, at p. 52, notes that "this is a fundamental principle of Aristotelian logic, the law of contradiction that a proposition and its negation cannot both be true at the same time and in the same respect".

293 My contention that the majority and the minority in *Housen* articulated different standards of review for factual inferences is supported by the fact that, on the issue of causation, the majority and minority came to opposite conclusions. For instance, the majority held that the trial judge's finding of fact that a hidden hazard existed at the curve where the accident occurred should not be interfered with, and this finding formed part of the basis of her findings concerning causation. Thus, because her finding regarding the existence of a hidden hazard had a basis in the evidence, the majority held that "her conclusions on causation grounded in part on the hidden hazard finding also had a basis in the evidence" and should not have been interfered with by the Court of Appeal (paras. 73 and 75). In contrast, the minority held that in coming to her conclusion on causation, the trial judge erred by: (a) misapprehending the evidence; (b) ignoring relevant evidence; and (c) drawing erroneous conclusions: see paras. 158-69; see also Perell, at p. 48. The minority emphasized that even though the trial judge referred to some evidence to support her findings on causation, this did not insulate her findings from review.

294 The differences between the majority and minority opinions in *Housen* aside, in my opinion this case can be reconciled with my conclusion regarding the nature and (so-called) standards of appellate review in Saskatchewan by limiting its

clairement fait erreur en décidant comme il l'a fait sur le fondement de certains éléments de preuve alors que d'autres éléments mènent irrésistiblement à la conclusion inverse » (*Housen*, par. 169). Dans son article intitulé « The Standard of Appellate Review and the Ironies of Housen v. Nikolaisen » (2004), 28 *Advocates' Q.* 40, p. 52, P. M. Perell signale que [TRADUCTION] « suivant un principe fondamental de la logique aristotélicienne, le principe de contradiction, deux propositions, dont l'une est la négation de l'autre, ne peuvent être vraies ensemble ».

Mon opinion selon laquelle, dans *Housen*, la majorité et la minorité ont préconisé l'application de normes de contrôle différentes aux inférences factuelles est étayée par le fait que, en ce qui concerne la causalité, elles sont arrivées à des conclusions opposées. Par exemple, les juges majoritaires ont conclu qu'il n'y avait pas lieu de modifier la conclusion de fait de la juge de première instance selon laquelle le virage où s'était produit l'accident présentait un danger caché, et les conclusions de cette dernière sur le lien de causalité reposaient en partie sur cette conclusion. Étant donné que la conclusion relative à l'existence d'un danger caché était étayée par la preuve, la majorité a estimé que « celles touchant le lien de causalité — fondées en partie sur le danger caché — avaient elles aussi des assises dans la preuve » et que la Cour d'appel n'aurait pas dû les modifier (par. 73 et 75). La minorité a pour sa part estimé qu'en tirant sa conclusion sur le lien de causalité, la juge de première instance avait commis une erreur en ce qu'elle : a) avait mal interprété la preuve, b) n'avait pas tenu compte de la preuve pertinente et c) avait tiré des conclusions erronées (par. 158-169); voir aussi Perell, p. 48. Les juges minoritaires ont précisé que même si la juge de première instance avait invoqué certains éléments de preuve à l'appui de ses conclusions sur le lien de causalité, celles-ci n'échappaient pas au contrôle.

Abstraction faite des divergences d'opinions entre les juges majoritaires et les juges minoritaires, je pense que l'arrêt *Housen* peut être concilié avec ma conclusion sur la nature de la révision en appel et les « normes de contrôle » en appel

application as an authority to general standards of appellate review only.

Housen was an appeal from the Court of Appeal for Saskatchewan, but it did not refer to Saskatchewan's unique *Court of Appeal Act* (the modernized version of this Act, *The Court of Appeal Act, 2000*, came into force after the Court of Appeal's decision in *Housen* was released and while the appeal to this Court was pending). The Court of Appeal in *H.L.* (C.A.) surmised that this Court's failure to refer to the former Act, and especially s. 8 (now s. 14), may have been due to the fact that s. 8 "had ceased over time to attract much attention, with the exception of the limited attention given to it by this court in *Board of Education of Long Lake School Division No. 30 v. Schatz et al.* . . ., and by the Supreme Court of Canada in *Lensen v. Lensen*": para. 90. In addition to this, the court stated that "the general standards of review have tended to evolve outside the statutory framework regarding appeal".

Regardless of the reason why, in my view the mere fact that this Court did not refer to *The Court of Appeal Act* is indicative of a need to limit its precedential value to general standards of review only. As I noted earlier, Saskatchewan's legislative scheme for appeals is, as far as I am aware, the only one among all of the statutes governing the powers of appellate courts in Canada that frees the Court of Appeal from the view of the evidence taken by the trial judge and directs it to take its own view of the evidence. I conclude that this makes the nature of appellate review in Saskatchewan unique.

With respect, one would reasonably think that such a unique legislative mandate is deserving of mention. However, because this mandate was not brought to the Court's attention by the parties, the majority in *Housen* states that the role of the appellate court was aptly defined in *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199, at p. 204, a British Columbia Court of Appeal decision in which the court stated:

applicables en Saskatchewan si on limite sa portée jurisprudentielle aux seules normes générales de révision en appel.

295 Dans l'affaire *Housen*, le pourvoi visait un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, mais nulle mention n'était faite de la loi unique applicable en Saskatchewan, la *Court of Appeal Act* (la version modernisée de cette loi, la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, est entrée en vigueur après l'arrêt de la Cour d'appel et avant que notre Cour ne se prononce à son tour). Dans *H.L.* (C.A.), la Cour d'appel a émis l'hypothèse que cette omission de notre Cour de renvoyer à l'ancienne loi et, en particulier, à l'art. 8 (devenu l'art. 14), pouvait être due au fait que l'art. 8 [TRADUCTION] « avait cessé à la longue de retenir l'attention, sauf dans *Long Lake School Division No. 30 c. Schatz et al.* [. . .] et *Lensen c. Lensen*, où la Cour d'appel et la Cour suprême du Canada s'y étaient attardées quelque peu » (par. 90). La Cour d'appel a ajouté que [TRADUCTION] « les normes générales de contrôle ont eu tendance à évoluer indépendamment du cadre législatif de l'appel ».

296 Quelle qu'en soit la raison, le simple fait que notre Cour n'a pas renvoyé à la *Court of Appeal Act* justifie selon moi que l'arrêt *Housen* n'ait valeur jurisprudentielle qu'à l'égard des normes générales de révision en appel. Je le répète, en Saskatchewan, le cadre législatif de l'appel, autant que je sache, est le seul parmi ceux qui régissent les pouvoirs des cours d'appel au Canada à soustraire la Cour d'appel à l'obligation d'accepter les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve et à lui enjoindre de se déterminer en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve. J'en conclus que la nature de la révision en appel en Saskatchewan est unique.

297 En toute déférence, il est raisonnable de penser qu'un mandat législatif aussi unique est digne de mention. Or, dans *Housen*, les parties n'ayant pas porté l'existence de ce mandat à l'attention de notre Cour, les juges majoritaires ont estimé que, dans l'arrêt *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199, p. 204, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait bien défini le rôle d'un tribunal d'appel :

The appellate court must not retry a case and must not substitute its views for the views of the trial judge according to what the appellate court thinks the evidence establishes on its view of the balance of probabilities.

This statement from the British Columbia Court of Appeal is in direct contrast with the legislative direction to the court in s. 8 of *The Court of Appeal Act* (now s. 14 of *The Court of Appeal Act, 2000*) to "act upon its own view of what the evidence in its judgment proves".

298 In my respectful view, the Court's failure to mention *The Court of Appeal Act* at all and its use of a statement from a different province's Court of Appeal that is in conflict with the clear language of the Act demonstrates that the decision in *Housen* should not be used to understand the nature and (so-called) standards of review in Saskatchewan. Rather, this decision if left untouched should be limited in its application to general standards of appellate review. Thus, I agree with the Court of Appeal that "the majority judgment in *Housen v. Nikolaisen* represents the culmination of the evolution of the general standards of appellate review and serves to supply an adjudicative framework that differs in material respects from that laid down by the *Court of Appeal Act, 2000* and, in particular, section 14 of the Act": *H.L.* (C.A.), at para. 92.

299 Before leaving my discussion of *Housen*, there is one further point to consider. I said earlier that a trial judge is in no better position than the Court of Appeal to draw inferences of fact from a base of facts properly established. I concluded that, in Saskatchewan, where the nature of appellate review is by way of rehearing, the threshold that the Court of Appeal must pass before substituting its own inference of fact is reasonableness. I used the term reasonableness because it is awkward to speak of a "correct" inference.

300 In contrast, I acknowledged that factual findings that engage the special advantage of the trial judge should be accorded some deference by the Court of Appeal. Therefore, I concluded that the Court of Appeal will only interfere with this type of factual

[TRADUCTION] La cour d'appel ne doit pas juger l'affaire de nouveau, ni substituer son opinion à celle du juge de première instance en fonction de ce qu'elle pense que la preuve démontre, selon son opinion de la prépondérance des probabilités.

Cette affirmation va directement à l'encontre de la volonté du législateur, exprimée à l'art. 8 de la *Court of Appeal Act* (devenu l'art. 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*), que la Cour d'appel [TRADUCTION] « se détermine en se fondant sur son interprétation de la preuve ».

À mon humble avis, le fait que notre Cour a passé sous silence la *Court of Appeal Act* et cité l'arrêt d'une autre cour d'appel contredisant le libellé clair de la loi montre que l'arrêt *Housen* ne devrait pas servir à déterminer la nature de la révision en appel ni les « normes de contrôle » en appel applicables en Saskatchewan. En soi, cet arrêt ne devrait valoir que pour les normes générales de révision en appel. Je conviens donc avec la Cour d'appel que [TRADUCTION] « le jugement majoritaire dans *Housen c. Nikolaisen* constitue le point culminant de l'évolution des normes générales de révision en appel et offre un cadre décisionnel qui diffère à bien des égards importants de celui qu'établit la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* et, plus précisément, l'art. 14 de cette loi » : *H.L.* (C.A.), par. 92.

Je poursuis mon analyse de l'arrêt *Housen* en abordant un autre point. J'ai dit précédemment que le juge de première instance n'est pas mieux placé que la Cour d'appel pour tirer des inférences de fait d'une base de faits dûment établis. J'ai conclu qu'en Saskatchewan, où l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, le critère auquel la Cour d'appel doit satisfaire pour substituer sa propre inférence de fait à celle du juge de première instance est celui de la raisonnabilité. J'ai employé le terme « raisonnabilité » parce qu'il serait incongru de parler d'une inférence « correcte ».

En revanche, j'ai reconnu que la Cour d'appel devait faire preuve d'une certaine déférence à l'égard d'une conclusion factuelle qui fait jouer l'avantage particulier du juge de première instance. J'ai donc conclu qu'elle ne devait intervenir à l'égard

finding and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a palpable and overriding error.

Implicit in my analysis is the idea that, in the context of an appeal by way of rehearing, a palpable and overriding error standard, as it applies to factual findings engaging the special advantage of the trial judge, is more deferential than the reasonableness standard, as it applies to inferences drawn from those facts. It has not escaped me that some might find this reasoning to be potentially inconsistent with my reasons in *Housen*.

As discussed above, in *Housen*, I stated that "[t]he Court [of Appeal] will not overturn a factual finding unless it is palpably and overridingly, or clearly wrong": para. 102. I also stated that "[i]n reviewing the making of an inference, the appeal court will verify whether it can reasonably be supported by the findings of fact that the trial judge reached and whether the judge proceeded on proper legal principles": para. 103. I then concluded that "the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact", noting that "there is no difference between concluding that it was 'unreasonable' or 'palpably wrong' for a trial judge to draw an inference from the facts as found by him or her and concluding that the inference was not reasonably supported by those facts" (paras. 103-4).

Because I conclude that there is no difference between a palpably wrong inference and an inference that is not reasonably supported by the facts, my attempt to distinguish the so-called standard of review in Saskatchewan for factual findings engaging the special advantage of the trial judge (i.e., palpable and overriding error) from that for factual inferences (i.e., reasonableness) may be seen to conflict with my conclusion.

de ce type de conclusion factuelle et se fonder sur sa propre appréciation de la preuve que si le juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante.

301 L'idée qui sous-tend mon raisonnement est que, dans le contexte d'un appel par voie de nouvelle audition, le critère de l'erreur manifeste et dominante, appliqué à une conclusion factuelle faisant jouer l'avantage particulier du juge de première instance, commande une plus grande déférence que le critère de la raisonnabilité, appliqué à une inférence tirée des faits en cause. Je me rends bien compte qu'aux yeux de certains ce raisonnement peut sembler incompatible avec mes motifs dans *Housen*.

302 Dans cet arrêt, j'ai affirmé que « [l]a Cour [d'appel] ne modifie les conclusions de fait du juge de première instance que si celui-ci a commis une erreur manifeste ou dominante ou si la conclusion est manifestement erronée » (par. 102). J'ai ajouté que « [l]a cour d'appel qui contrôle la validité d'une inférence se demande si celle-ci peut raisonnablement être étayée par les conclusions de fait tirées par le juge de première instance et si celui-ci a appliqué les principes juridiques appropriés » (par. 103). J'ai ensuite conclu que « la norme de contrôle [est] la même et pour les conclusions de fait et pour les inférences de fait », faisant remarquer qu'« il n'y a aucune différence entre le fait de conclure qu'il était "déraisonnable" ou "manifestement erroné" pour un juge de tirer une inférence des faits qu'il a constatés, et le fait de conclure que cette inférence n'était pas raisonnablement étayée par ces faits » (par. 103-104).

303 La distinction que j'ai tenté de faire entre la norme de révision qui s'appliquerait en Saskatchewan à l'égard d'une conclusion factuelle faisant jouer l'avantage particulier du juge de première instance (la norme de l'erreur manifeste et dominante) et celle qui s'applique à une inférence factuelle (la norme de la raisonnabilité) peut sembler contredire ma conclusion qu'il n'existe aucune différence entre une inférence manifestement erronée et une inférence qui n'est pas raisonnablement étayée par les faits.

304 The conflict is only apparent. Specifically, in my opinion, it is necessary to consider foremost that the nature of appellate review in Saskatchewan is very different than the general nature of appellate review in the rest of Canada; that is, in Saskatchewan, appeal is conducted by way of rehearing, while in the rest of Canada, it appears that an appellate court reviews for error. Thus, in Saskatchewan, the Court of Appeal is not actually reviewing the inferences drawn by the trial judge to see if they are reasonably supported by the facts; rather, pursuant to the legislative direction in s. 14 of *The Court of Appeal Act, 2000*, the court is making its own inferences and comparing them with those drawn by the trial judge. The Court of Appeal will only interfere and substitute its own inferences if, on the basis of this comparison, it concludes that those inferences drawn by the trial judge were not reasonable. Therefore, in this light, it would be inappropriate to compare my comments in *Housen* about the general standard of review for factual findings and inferences of fact with those I made in the context of appellate review under *The Court of Appeal Act, 2000* in Saskatchewan. Although this may be a fine distinction, I would add that the appearance of this conflict is, in my view, indicative of the problem with using "standards of review" language in the context of appellate review by way of rehearing. While expressing the circumstances in which the Saskatchewan Court of Appeal will apply its own view of the evidence and, if necessary, pronounce the decision that ought to have been pronounced in language that does not connote the concept of appeal by way of review for error would most likely avoid conflicts such as the one discussed in this section, for purposes of clarity, it may still be necessary (for the purposes of this appeal, at least) to use "standards of review" language, subject, perhaps, to the proviso that such language is not meant to invite comparison to actual standards of review employed in appeals by way of review for error.

La contradiction n'est qu'apparente. Plus particulièrement, j'estime qu'il faut avant tout tenir compte du fait que la révision effectuée en appel en Saskatchewan est très différente de la révision générale qui a lieu en appel ailleurs au Canada. En Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, alors que, ailleurs au Canada, la cour d'appel semble se livrer à un contrôle d'erreur. En fait, la Cour d'appel de la Saskatchewan ne vérifie pas si les inférences tirées par le juge de première instance sont raisonnablement étayées par les faits; conformément à ce que prescrit l'art. 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, elle tire plutôt ses propres inférences et les compare à celles du juge de première instance. La Cour d'appel n'intervient et ne substitue ses propres inférences à celles du juge de première instance que si, à l'issue de la comparaison, elle arrive à la conclusion que celles tirées en première instance n'étaient pas raisonnables. Il serait donc inopportun de confronter mes observations dans *Housen* sur la norme générale de révision applicable aux conclusions factuelles et aux inférences de fait avec mes remarques actuelles sur la révision en appel sous le régime de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* en Saskatchewan. Bien que la distinction puisse être subtile, j'ajouterais que cette contradiction apparente fait ressortir, à mon avis, le problème que pose l'emploi de la terminologie propre aux « normes de contrôle » dans le cas d'un appel instruit par voie de nouvelle audition. Cette contradiction disparaîtrait vraisemblablement si l'on définissait les circonstances dans lesquelles la Cour d'appel de la Saskatchewan peut se fonder sur sa propre appréciation de la preuve et, au besoin, rendre la décision qui aurait dû l'être sans utiliser de termes qui renvoient à la notion d'appel par voie de contrôle d'erreur. Cependant, il peut demeurer nécessaire (du moins pour les besoins du présent pourvoi), par souci de clarté, d'employer la terminologie propre aux « normes de contrôle », mais en précisant, peut-être, que cet emploi n'invite nullement à la comparaison avec les normes de contrôle qui s'appliquent effectivement dans les appels instruits par voie de contrôle d'erreur.

(6) Conclusion

The Court of Appeal Act, 2000 is unique in Canada, and its provisions must "mean something". However, in his reasons in this case, Fish J. concludes that he is "not at all persuaded that the *2000 Act* was intended to create for Saskatchewan an appellate court radically different, in powers and purpose, from its counterparts in the other provinces": para. 15. Based on my examination of the grammatical and ordinary sense of the words used in ss. 13 and 14 of *The Court of Appeal Act, 2000*, as well as the object of the Act, the object of the specific legislative provisions that form the statutory framework for the business of appeal, and the Act's historical foundations, I respectfully disagree. In my view, *The Court of Appeal Act, 2000* mandates that the nature of appellate review in Saskatchewan is by way of rehearing, with the Court of Appeal being directed to take its own view of the evidence and being empowered to draw inferences of fact and pronounce the decision that ought to have been pronounced by the trial judge.

B. *Application of the Standard of Review*

As will be explained more fully below, the trial judge's determination of H.L.'s entitlement to pecuniary damages was based on a series of factual inferences. In Saskatchewan, the (so-called) standard of review for such inferences is reasonableness. In my view, the Court of Appeal correctly applied this standard when it set aside the trial judge's pecuniary damages award, because the factual inferences on which the award was based were not reasonably supported by the evidence and were therefore not reasonable. As mentioned earlier, I would find the reasons of the trial judge reviewable on the general standard set out in *Housen* as well. The findings were so unreasonable that they amounted to palpable error in the appreciation of the evidence and the inferences drawn.

While this conclusion is sufficient to dispose of this appeal, in my view, it is also necessary to comment upon the trial judge's assessment of damages for past loss of earning capacity, since I agree

(6) Conclusion

305 La *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* est unique au Canada, et ses dispositions doivent « signifier quelque chose ». Pourtant, dans ses motifs, le juge Fish dit qu'il n'est « pas du tout convaincu que la *Loi de 2000* visait à établir en Saskatchewan une cour d'appel radicalement différente de celles des autres provinces sur le plan des pouvoirs et de l'objet » (par. 15). Compte tenu de mon examen du sens grammatical et ordinaire des mots employés aux art. 13 et 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, ainsi que de l'objet de la Loi, de l'objet des dispositions établissant le cadre législatif de l'appel et des fondements historiques de la Loi, je ne peux, en toute déférence, être d'accord. À mon avis, la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* prescrit que, en Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, la Cour d'appel devant se fonder sur sa propre appréciation de la preuve et pouvant tirer des inférences de fait et rendre la décision qu'aurait dû rendre le juge de première instance.

B. *Application de la norme de contrôle*

306 Comme je l'expliquerai davantage plus loin, la décision du juge de première instance d'accorder des dommages-intérêts pécuniaires à H.L. était fondée sur un ensemble d'inférences factuelles. En Saskatchewan, la « norme de contrôle » applicable à ces inférences est celle de la raisonnabilité. À mon sens, la Cour d'appel a appliqué cette norme correctement en annulant les dommages-intérêts pécuniaires accordés par le juge de première instance, car les inférences factuelles sur lesquelles se fondait cet octroi n'étaient pas raisonnablement étayées par la preuve et n'étaient donc pas raisonnables. Comme je l'ai déjà mentionné, les motifs du juge de première instance me paraissent également susceptibles de révision selon la norme générale énoncée dans l'arrêt *Housen*. Les conclusions étaient si déraisonnables qu'elles entachaient d'une erreur manifeste l'appréciation de la preuve et les inférences tirées.

307 Bien que cela suffise pour statuer sur le présent pourvoi, j'estime également nécessaire de faire quelques observations sur l'évaluation de la perte de capacité de gain antérieure, étant donné que je

with the Court of Appeal that the trial judge erred in his assessment in four respects. First, he failed to consider the plaintiff's duty to mitigate. Second, he unreasonably concluded that the plaintiff did not have a "crumbling skull" and therefore attributed too much to Starr's wrongful acts in his assessment of pecuniary damages. Third, he did not reduce the damages award to reflect the time H.L. was incarcerated. Fourth, he erred in not accounting for the social assistance payments H.L. received during the relevant period.

308 As it is the more fundamental error, I will commence my reasons in this section with a discussion of why the basic evidentiary foundation for the pecuniary damages award for past and future loss of earnings is lacking.

(1) No Evidentiary Foundation for Award of Pecuniary Damages for Past and Future Loss of Earnings

309 In order to find that the Government of Canada is liable to H.L. for pecuniary damages for past and future loss of earnings, one must determine whether H.L. suffered and will suffer a loss of employment income because of the two acts of sexual abuse to which he was subjected by Starr. At trial, Klebuc J. came to an affirmative conclusion on this issue. In support of this conclusion, he drew two factual inferences: (i) Starr's sexual abuse of H.L. caused H.L.'s emotional and alcohol-related problems; and (ii) these problems caused H.L.'s past loss of earnings and will cause H.L. to lose earnings in the future. In particular, with regard to the second inference, the trial judge stated:

> In my view, [H.]L.'s sporadic work record is consistent with the emotional difficulties described by Arnold and Stewart in their psychological assessments. However, his limited work history demonstrated to my satisfaction his willingness and ability to work as a construction worker and farm labourer but for his problem with alcohol.

. . .

conviens avec la Cour d'appel que le juge de première instance a commis quatre erreurs à cet égard. Premièrement, il n'a pas pris en considération l'obligation du demandeur de limiter le préjudice. Deuxièmement, il a conclu, de manière déraisonnable, que la vulnérabilité du demandeur n'était pas déjà active, de sorte qu'il a accordé trop d'importance aux actes répréhensibles de M. Starr en établissant les dommages-intérêts pécuniaires. Troisièmement, il n'a pas retranché de la période considérée le temps que H.L. avait passé en prison. Quatrièmement, il a eu tort de ne pas tenir compte des prestations d'aide sociale touchées par H.L. pendant cette période.

S'agissant de l'erreur la plus fondamentale, j'expliquerai tout d'abord pourquoi les dommages-intérêts pécuniaires accordés pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure ne s'appuient sur aucune preuve.

(1) Absence de preuve étayant l'octroi de dommages-intérêts pécuniaires pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure

Avant de condamner le gouvernement du Canada à verser à H.L. des dommages-intérêts pécuniaires pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure, il faut se demander si H.L. a subi et subira une perte de revenus d'emploi à cause des deux épisodes d'abus sexuel perpétrés par M. Starr. Au procès, le juge Klebuc a répondu par l'affirmative. À l'appui de sa conclusion, il a tiré deux inférences factuelles : (i) les abus sexuels étaient à l'origine des problèmes émotionnels et de consommation excessive d'alcool de H.L.; (ii) ces problèmes avaient infligé à H.L. une perte de revenus dans le passé et lui en infligeraient une dans l'avenir. Plus particulièrement, en ce qui a trait à la deuxième inférence, le juge de première instance a dit :

> [TRADUCTION] Selon moi, les emplois occupés sporadiquement par [H.]L. s'inscrivent dans la suite logique des difficultés émotionnelles décrites par MM. Arnold et Stewart dans leurs évaluations psychologiques. Ses antécédents professionnels limités m'ont néanmoins convaincu de sa volonté et de sa capacité d'occuper un emploi dans le secteur de la construction ou celui de l'agriculture, n'eût été son problème d'alcool.

. . .

[H.]L.'s continuous participation in the repair of motor vehicles for reward satisfied me that he had the aptitude and interest necessary to secure and maintain full-time employment as a mechanic but for his emotional difficulties and consequential difficulty with alcohol. [paras. 65-66]

The Court of Appeal took its own view of what the evidence, in its judgment, proves, and, on this basis, it concluded that not only does the evidence fail to prove that the plaintiff was wholly or largely unable to work because of Starr's sexual abuse, it even fails to prove the basic premise that the plaintiff was wholly or largely unable to work. Although the court noted that the drawing of such an inference was not inconceivable, in its view, this inference was not readily drawn and would require more and better evidence than was adduced in this case.

In my view, the Court of Appeal correctly followed the statutory direction in s. 14 of the Act when it took its own view of what the evidence proves. Moreover, for the reasons that follow, I contend that the Court of Appeal was correct to interfere and overturn the trial judge's inference that H.L. suffered and will suffer loss of employment income because of Starr's two acts of sexual abuse, since this inference was not reasonably supported by the evidence and, therefore, not reasonable.

I will begin with a discussion of why the trial judge's conclusion regarding the liability of the Government of Canada and Starr for past loss of earnings was not reasonable.

(a) *Liability for Past Loss of Earnings*

As noted above, at trial, Klebuc J. drew two factual inferences in support of his conclusion that the Government of Canada and Starr were liable to H.L. for his past loss of earnings: (i) Starr's sexual abuse of H.L. caused H.L.'s emotional and alcohol-related problems; and (ii) these problems caused H.L.'s past loss of earnings. In my view, this causal chain must fail. First, the inference that Starr's sexual abuse caused H.L.'s alcoholism lacks a sufficient evidentiary basis. That being so, there is no need

Le fait que [H.]L. a continué de réparer des automobiles contre rémunération m'a convaincu qu'il avait les aptitudes et l'intérêt nécessaires pour obtenir et conserver un emploi de mécanicien à temps plein, n'eût été ses difficultés émotionnelles et l'alcoolisme en découlant. [par. 65-66]

310 La Cour d'appel a procédé à sa propre appréciation de la preuve et en a conclu que non seulement la preuve n'établissait pas que le demandeur était totalement ou en grande partie incapable de travailler à cause des abus sexuels, mais elle n'établissait même pas l'allégation fondamentale, savoir que le demandeur était totalement ou en grande partie incapable de travailler. Même si, à son avis, une telle inférence n'était pas inconcevable, la Cour d'appel a jugé qu'elle n'allait pas de soi et qu'elle nécessitait une preuve plus abondante et plus convaincante que celle offerte en l'espèce.

311 Selon moi, la Cour d'appel s'est conformée à la prescription de l'art. 14 de la Loi en se livrant à sa propre appréciation de la preuve. En outre, pour les motifs qui suivent, j'estime que la Cour d'appel a eu raison d'intervenir et d'infirmer l'inférence du juge de première instance selon laquelle H.L. avait subi et subirait une perte de revenus d'emploi à cause des deux abus sexuels, cette inférence n'étant pas raisonnablement étayée par la preuve et n'étant donc pas raisonnable.

312 J'examine tout d'abord la conclusion du juge de première instance concernant la responsabilité du gouvernement du Canada et de M. Starr pour la perte de revenus antérieure et les motifs pour lesquels elle n'était pas raisonnable.

a) *Responsabilité pour la perte de revenus antérieure*

313 Au procès, le juge Klebuc a tiré deux inférences factuelles à l'appui de sa conclusion selon laquelle le gouvernement du Canada et M. Starr étaient responsables de la perte de revenus antérieure de H.L. : (i) les abus sexuels commis par M. Starr étaient à l'origine des problèmes émotionnels et de la consommation excessive d'alcool de H.L.; (ii) ces problèmes avaient infligé à H.L. une perte de revenus dans le passé. Or, cette chaîne causale ne tient pas la route. Premièrement, l'inférence que les abus

to consider whether H.L.'s alcoholism caused him to lose employment income. Second, the evidence adduced at trial cannot reasonably support the inference that H.L.'s emotional problems caused him to lose employment income. Therefore, it is not necessary to comment upon whether Starr's sexual abuse caused H.L.'s emotional problems. Given these evidentiary gaps in the trial judge's chain of reasoning, it was not reasonable for him to conclude that H.L. suffered a loss of employment income because of the two acts of sexual abuse to which he was subjected by Starr, and the Court of Appeal was correct to interfere and set aside the award of pecuniary damages for past loss of earnings.

sexuels ont causé l'alcoolisme de H.L. ne s'appuie pas sur une preuve suffisante. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si l'alcoolisme de H.L. lui a fait perdre des revenus d'emploi. Deuxièmement, la preuve présentée au procès ne peut raisonnablement étayer l'inférence que les problèmes émotionnels de H.L. lui ont infligé une perte de revenus d'emploi. En conséquence, il est inutile de déterminer si les abus sexuels commis par M. Starr sont à l'origine des problèmes émotionnels de H.L. Son raisonnement étant insuffisamment étayé par la preuve, le juge de première instance ne pouvait pas raisonnablement conclure que H.L. avait subi une perte de revenus d'emploi à cause des deux actes de masturbation auxquels M. Starr l'avait soumis, et la Cour d'appel a eu raison d'intervenir et d'annuler les dommages-intérêts pécuniaires accordés pour la perte de revenus antérieure.

(i) The Inference That Starr's Sexual Abuse Caused H.L.'s Alcoholism

(i) L'inférence selon laquelle les abus sexuels commis par M. Starr étaient à l'origine de l'alcoolisme de H.L.

314 The trial judge's inference that Starr's sexual abuse caused H.L.'s alcoholism primarily derives from the opinions of Dr. Arnold and, especially, Mr. Stewart (paras. 26-27 and 29). Both of these witnesses expressed a variety of opinions, including those on alcoholism and the cause of H.L.'s alcoholism in particular. I recognize, like the Court of Appeal, that alcoholism is now increasingly being recognized as a disease, the etiology of which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury. Therefore, expert opinion evidence was necessary to enable the trial judge to appreciate this issue: see *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at p. 23. However, while expert opinions on the etiology of alcoholism and the cause of H.L.'s alcoholism were necessary, Dr. Arnold and Mr. Stewart were not qualified to express opinions on this subject. Relying on improperly qualified expert opinions led to error.

L'inférence du juge de première instance selon laquelle les abus sexuels commis par M. Starr étaient à l'origine de l'alcoolisme de H.L. découle principalement de l'avis du D^r^ Arnold et, en particulier, de celui de M. Stewart (par. 26-27 et 29). Ces deux témoins ont exprimé diverses opinions, notamment sur l'alcoolisme de H.L. et sur sa cause. À l'instar de la Cour d'appel, je conviens que l'alcoolisme est de plus en plus considéré comme une maladie, la recherche de ses causes échappant vraisemblablement à la compétence d'un juge ou d'un jury. Une preuve d'expert était donc nécessaire pour permettre au juge de première instance de se former une opinion sur la question : voir *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 23. Une preuve d'expert sur l'étiologie de l'alcoolisme et sur l'origine de l'alcoolisme de H.L. était certes nécessaire, mais ni le D^r^ Arnold ni M. Stewart n'étaient qualifiés pour se prononcer à ce sujet. En se fiant à l'avis d'experts dont les compétences étaient insuffisantes, le juge de première instance a commis une erreur.

315 As noted in *Mohan*, in order to be admissible, expert evidence must be provided by a

Notre Cour l'a dit dans l'arrêt *Mohan*, pour être admissible, la preuve d'expert doit être présentée

properly qualified expert, that is, "a witness who is shown to have acquired special or peculiar knowledge through study or experience in respect of the matters on which he or she undertakes to testify" (pp. 20 and 25). Dr. Arnold, a psychologist with a doctorate in psychology who had taught at the University of Saskatchewan, worked with persons subjected to sexual abuse and then went into private practice. He was formally qualified by the trial judge "as an expert in . . . the assessment, testing and treatment of victims of sexual abuse". Mr. Stewart, a family consultant and therapist with a masters degree in psychology, who was experienced in working with sexually abused children, was formally qualified by the trial judge "as a clinical therapist qualified to provide expert testimony in relation to the assessment . . . and treatment of adult and child victims of sexual abuse and assault with expertise in providing therapy and conducting personality assessments in general and in particular in relation to First Nations individuals". I agree with the Court of Appeal that "[t]hese are such open-ended designations as to invite all manner of opinion, including opinion that may be unreliable and that transcends the witnesses' field of expertise" (para. 255). Moreover, I agree that Dr. Arnold and Mr. Stewart in fact transcended their respective fields of expertise when they testified as to the etiology of alcoholism and the cause of H.L.'s alcoholism in particular. Opinion evidence on these issues ought to have come from a witness who has acquired special knowledge relating to alcoholism.

Since Dr. Arnold and Mr. Stewart were not properly qualified to express opinions on the etiology of alcoholism and the cause of H.L.'s alcoholism in particular, their evidence in this regard is entitled to no weight. Accordingly, because the trial judge based his conclusion that Starr's sexual abuse caused H.L.'s alcoholism primarily on this general expert evidence, it lacks a sufficient evidentiary foundation and was properly overturned by the Court of Appeal. Since there is not a sufficient evidentiary basis for the inference that Starr's sexual abuse caused H.L.'s alcoholism, there is no

par un expert dont la qualification est suffisante, c'est-à-dire par « un témoin dont on démontre qu'il ou elle a acquis des connaissances spéciales ou particulières grâce à des études ou à une expérience relatives aux questions visées dans son témoignage » (p. 20 et 25). Titulaire d'un doctorat en psychologie, le D[r] Arnold avait enseigné à l'Université de Saskatchewan, travaillé auprès de victimes d'abus sexuels, puis exercé en pratique privée. Le juge de première instance a formellement reconnu sa compétence [TRADUCTION] « à titre d'expert de l'évaluation, du testage et du traitement des victimes d'abus sexuels ». Thérapeute familial titulaire d'une maîtrise en psychologie et spécialisé dans l'intervention auprès d'enfants victimes d'abus sexuels, M. Stewart a vu sa compétence formellement reconnue par le juge de première instance [TRADUCTION] « à titre de thérapeute clinicien spécialiste de l'évaluation [. . .] et du traitement d'adultes et d'enfants victimes d'abus et d'agressions de nature sexuelle et offrant des services de thérapie et d'analyse de la personnalité, notamment aux membres des Premières nations ». Je conviens avec la Cour d'appel que [TRADUCTION] « [c]es descriptions sont si larges qu'elles ouvrent la porte à toutes sortes d'opinions dont certaines peuvent ne pas être dignes de foi et échapper au domaine d'expertise du témoin » (par. 255). De plus, j'estime aussi que le D[r] Arnold et M. Stewart ont effectivement outrepassé leurs domaines d'expertise respectifs en témoignant sur l'étiologie de l'alcoolisme en général et sur la cause de l'alcoolisme de H.L. en particulier. Un témoin ayant des connaissances spéciales sur l'alcoolisme aurait dû témoigner sur ces questions.

316 Le D[r] Arnold et M. Stewart n'étant pas dûment qualifiés pour se prononcer sur l'étiologie de l'alcoolisme en général et la cause de l'alcoolisme de H.L. en particulier, il ne faut donc accorder aucune valeur aux opinions qu'ils ont exprimées sur ces sujets. Fondée principalement sur ces témoignages de non-spécialistes, la conclusion du juge de première instance selon laquelle les abus sexuels avaient causé l'alcoolisme de H.L. ne s'appuyait pas sur une preuve suffisante et a été à juste titre infirmée par la Cour d'appel. L'inférence voulant que les abus sexuels soient à l'origine de

need to consider whether H.L.'s alcoholism caused him to lose employment income.

317 I do note that, in addition to Dr. Arnold and Mr. Stewart, H.L. himself testified as to the effect of Starr's sexual abuse on his alcoholism. Nevertheless, I maintain that since the etiology of alcoholism is not understood by the average person, expert opinion evidence was necessary to enable the trial judge to appreciate this issue. Therefore, H.L.'s testimony in this regard could not, on its own, provide a sufficient evidentiary basis for the trial judge's inference that Starr's sexual abuse caused H.L.'s alcoholism.

318 Before examining the trial judge's factual inference that H.L.'s emotional problems caused his past loss of earnings, it is necessary to make two further points. First, I echo the Court of Appeal's call for rigour and discipline at the qualification stage, so that an expert witness can be formally qualified, if so qualified at all, relative to the opinion or opinions that he or she is expected to express. As this Court stated in *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 243, "[t]he proper practice is for counsel presenting an expert witness to qualify the expert in all the areas in which the expert is to give opinion evidence." The need to carefully qualify expert witnesses before they testify was also aptly noted by the Saskatchewan Court of Appeal in *Parker v. Saskatchewan Hospital Assn.*, [2001] 7 W.W.R. 230, 2001 SKCA 60, at para. 112, as follows:

> A rigorous approach at this stage can avoid difficulty, especially the difficulty posed by the potential reception of opinion evidence that transcends the scope of expertise of the witness. Strictly speaking such evidence is not admissible, and its admission can be troublesome.

319 Second, I do note that it is for opposing counsel to object if an expert witness goes beyond the proper limits of his or her expertise, and, in this case, not only did the Attorney General of Canada fail to object to the expert testimony on the etiology of alcoholism and the cause of H.L.'s

l'alcoolisme de la victime n'étant pas suffisamment étayée par la preuve, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'alcoolisme a infligé à H.L. une perte de revenus d'emploi.

Outre le Dr Arnold et M. Stewart, H.L. a lui-même témoigné au sujet de l'incidence des abus sexuels sur son alcoolisme. Je maintiens néanmoins que, l'étiologie de l'alcoolisme échappant au commun des mortels, une preuve d'expert était nécessaire pour permettre au juge de première instance de se faire une opinion. Le témoignage de H.L. sur la question ne pouvait donc pas à lui seul étayer suffisamment l'inférence du juge de première instance selon laquelle les abus sexuels de M. Starr avaient causé l'alcoolisme de H.L.

Avant d'examiner l'inférence factuelle du juge de première instance voulant que ce soient les problèmes émotionnels de H.L. qui aient causé sa perte de revenus antérieure, je dois aborder deux autres points. Premièrement, je me fais l'écho de la Cour d'appel lorsqu'elle préconise rigueur et discipline dans l'évaluation de la qualification d'un expert en vue de sa reconnaissance formelle, le cas échéant, relativement à l'objet du témoignage. Comme l'a dit notre Cour dans *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, p. 243, « [e]n pratique, l'avocat qui présente un témoin expert doit le faire reconnaître à ce titre pour tous les domaines dans lesquels il doit exprimer un témoignage d'opinion. » Dans *Parker c. Saskatchewan Hospital Assn.*, [2001] 7 W.W.R. 230, 2001 SKCA 60, p. 112, la Cour d'appel de la Saskatchewan a aussi relevé avec justesse la nécessité de bien s'assurer de la qualification d'un témoin expert avant qu'il ne témoigne :

> [TRADUCTION] Adopter une démarche rigoureuse à cette étape peut éviter des problèmes, notamment en écartant toute opinion qui échappe au domaine d'expertise du témoin. À strictement parler, une telle preuve est inadmissible, mais si elle est néanmoins admise en preuve, de grandes difficultés peuvent en résulter.

Deuxièmement, il appartient à l'avocat de la partie adverse de formuler une objection lorsqu'un témoin expert ne s'en tient pas à son domaine d'expertise et, en l'espèce, non seulement le procureur général du Canada a omis de s'opposer au témoignage d'expert sur l'étiologie de l'alcoolisme et la cause

alcoholism, but his own witness, Dr. Arnold, was one of the experts who testified with regard to these issues. Nevertheless, in *Marquard*, this Court stated that

> [i]n the absence of objection, a technical failure to qualify a witness who clearly has expertise in the area will not mean that the witness's evidence should be struck. However, if the witness is not shown to have possessed expertise to testify in the area, his or her evidence must be disregarded and the jury so instructed. [p. 244]

Unlike the situation in *Marquard*, in this case, the expert witnesses did not possess expertise sufficient to permit them to testify in relation to an area in which they were not formally qualified to give expert opinion. Therefore, the fact that counsel for the Attorney General of Canada failed to object to Mr. Stewart's testimony in relation to the etiology of alcoholism and the cause of H.L.'s alcoholism and failed to steer his own witness, Dr. Arnold, away from this area does not change the fact that this evidence is entitled to no weight, since it was beyond the experts' expertise, both in fact and as it was formally recognized by the trial judge.

(ii) The Inference That H.L.'s Emotional Problems Caused His Past Loss of Earnings

Since there is no evidentiary basis for the inference that Starr's sexual abuse caused H.L.'s alcoholism, the conclusions relating to H.L.'s alcoholism that make up the trial judge's causal chain are no longer a consideration. All that remains in support of the trial judge's overall conclusion that H.L. suffered a loss of employment income because of Starr's sexual abuse is the following chain of reasoning: Starr's sexual abuse caused H.L.'s emotional problems, and these problems caused H.L. to lose employment income.

At trial, among other emotional problems, Klebuc J. found that H.L. suffered from self-blame and a

de l'alcoolisme de H.L., mais son propre témoin, le D^r^ Arnold, a lui-même témoigné relativement à ces questions. Cependant, dans l'arrêt *Marquard*, notre Cour a dit :

> En l'absence d'objection, l'omission technique de qualifier un témoin qui possède manifestement l'expertise dans le domaine en question ne signifie pas automatiquement que son témoignage doit être écarté. Toutefois, s'il n'est pas démontré que le témoin possède une expertise lui permettant de témoigner dans le domaine en cause, il ne faut pas tenir compte de son témoignage et le jury doit recevoir des directives à cet effet. [p. 244]

320 Dans la présente affaire, contrairement à la situation dans *Marquard*, les témoins experts ne possédaient pas l'expertise nécessaire pour témoigner relativement à certaines questions et n'avaient pas été formellement reconnus à titre d'experts dans ce domaine. Ainsi, l'omission de l'avocat du procureur général du Canada de s'opposer au témoignage de M. Stewart sur l'étiologie de l'alcoolisme et sur la cause de l'alcoolisme de H.L. et de faire en sorte que son propre témoin, le D^r^ Arnold, ne se prononce pas sur ces questions ne change rien au fait que ces témoignages n'avaient aucune valeur puisqu'ils ne relevaient pas du domaine d'expertise des témoins dans les faits et selon la reconnaissance formelle de leur domaine d'expertise par le juge de première instance.

(ii) L'inférence selon laquelle les problèmes émotionnels de H.L. sont à l'origine de sa perte de revenus antérieure

321 Comme l'inférence selon laquelle les abus sexuels de M. Starr ont causé l'alcoolisme de H.L. n'est pas étayée par la preuve, les conclusions sur l'alcoolisme de H.L. constituant la chaîne causale établie par le juge de première instance ne sont plus à prendre en considération. La conclusion générale du juge de première instance selon laquelle H.L. a subi une perte de revenus d'emploi à cause des abus sexuels ne s'appuie plus que sur le raisonnement suivant : les abus sexuels ont causé les problèmes émotionnels de H.L., et ces problèmes ont fait perdre des revenus d'emploi à H.L.

322 Au procès, le juge Klebuc a conclu que, au nombre des problèmes émotionnels de H.L., il y avait la

loss of self-worth (para. 29), and both experts testified that, in general, self-confidence and self-esteem affect work ethic and employability. In particular, Dr. Arnold testified on cross-examination that if a child is sexually abused by an individual from a school, the abuse would more likely cause the child to lose confidence in the school system:

Q: Would — if the sexual perpetrator was from a school and just not speaking about [H.L.], but generally, if a sexual perpetrator were from a school, would it be more likely to cause the student to lose confidence in the school system, the school leaders?

A: That would be my opinion.

Dr. Arnold also opined that such an act of abuse, followed by alcohol problems, would logically impact upon the individual's ability to hold work:

Q: Would you think it likely that this would have affected his work ethic?

A: Work ethic as in — perhaps to define that, I think what you're saying is his ability to hold work and be able to regularly show up and those kinds of things?

Q: Yes.

A: Yes, and I would refer to the chain of events I just referred to. You have an event, then — sorry, an event — I better be clear here — event of abuse, you have alcohol and, yes, indeed that chain of events would logically go there and —

Similarly, Mr. Stewart was asked on direct examination whether self-esteem and self-confidence affected employability, and he responded in the affirmative.

323 In my view, the testimony of the experts in this regard is of a general nature and not probative of whether H.L., in particular, was wholly or largely unable to work because of his emotional problems. Moreover, I agree with the Court of Appeal that the evidence adduced at trial only demonstrated

culpabilité et la perte d'estime de soi (par. 29), et les deux experts ont témoigné que, en règle générale, la confiance en soi et l'estime de soi avaient une incidence sur la morale du travail et l'aptitude au travail. Plus particulièrement, le D^r^ Arnold a déclaré en contre-interrogatoire qu'un enfant victime d'abus sexuel à l'école risquait davantage de perdre confiance dans le système scolaire :

[TRADUCTION]

Q : Est-ce que — si les abus sexuels ont été perpétrés par quelqu'un à l'école, et je ne parle pas seulement de [H.L.], mais en général, si les abus sexuels étaient le fait de quelqu'un à l'école, l'élève risquerait-il davantage de perdre confiance dans le système scolaire, dans la direction de l'école?

R : Je pense que oui.

Le D^r^ Arnold s'est également dit d'avis que de tels abus, suivis de problèmes d'alcool, pouvaient logiquement avoir des répercussions sur la capacité de conserver un emploi :

[TRADUCTION]

Q : Estimez-vous probable que cela nuise à sa morale du travail?

R : La morale du travail, comme dans — peut-être pour la définir, je pense que vous parlez de sa capacité à conserver un emploi et à se présenter régulièrement au travail, et ce genre de chose?

Q : Oui.

R : Oui, et je me reporte à la suite des événements dont je viens de parler. Un événement se produit, puis — désolé, un événement — il vaut mieux préciser — un abus, il y a l'alcool et, oui, effectivement, la suite des événements aboutirait logiquement à cela et —

De même, on a demandé à M. Stewart lors de son interrogatoire principal, si l'estime de soi et la confiance en soi avaient une incidence sur l'aptitude au travail, et il a répondu par l'affirmative.

Selon moi, le témoignage des experts à cet égard est de nature générale et n'a aucune valeur probante quant à savoir si H.L. était totalement ou en grande partie incapable de travailler à cause de ses problèmes émotionnels. En outre, je conviens avec la Cour d'appel que la preuve offerte au procès établit

that H.L. did not work during the first period and worked only sporadically during the second. It does not prove that H.L. was wholly or largely unable to work because of his emotional problems.

For instance, H.L.'s sporadic work record, in itself, is as consistent with choosing not to work as with being unable to work. In fact, certain pieces of evidence militate in favour of the former rather than the latter. For example, H.L. quit the only permanent job he ever had, working on a poultry farm outside Regina, in order to move to his then spouse's reserve, where she could pursue her career as a home care worker. H.L. was also enrolled in an auto mechanics course that was being held on the Muskowekwan Reserve where he was then living; however, he quit the course because he was not being paid to attend.

Therefore, because the evidence adduced at trial does not prove that H.L. was wholly or largely unable to work because of his emotional problems, the trial judge's inference that H.L.'s emotional problems caused him to lose employment income lacks a sufficient evidentiary foundation and was properly overturned by the Court of Appeal. Since there is not a sufficient evidentiary basis for the inference that H.L.'s emotional problems caused him to lose employment income, it is not necessary to comment upon whether Starr's sexual abuse caused H.L.'s emotional problems. The causal chain is already broken. Furthermore, because this was the only remaining chain of reasoning that could support the trial judge's overall conclusion that H.L. suffered a loss of employment income because of Starr's sexual abuse, it is clear that the trial judge's conclusion on this issue cannot stand and was indeed correctly overturned by the Court of Appeal.

In sum, the Court of Appeal did not err when it set aside the trial judge's award of pecuniary damages for past loss of earnings. As discussed above, the (so-called) standard of review in Saskatchewan for factual inferences is reasonableness. Since the damages award was based on an unreasonable chain of reasoning (i.e., one that was not supported by the

seulement que H.L. n'a pas travaillé durant la première période et n'a travaillé que sporadiquement pendant la seconde. Cette preuve n'établit pas que H.L. était totalement ou en grande partie incapable de travailler à cause de ses problèmes émotionnels.

324 Par exemple, le fait que H.L. a travaillé sporadiquement peut aussi bien résulter d'un choix que d'une incapacité. D'ailleurs, certains éléments de preuve militent davantage en faveur de la première possibilité que de la seconde. Ainsi, H.L. a quitté le seul emploi permanent qu'il ait jamais eu — sur une ferme avicole à l'extérieur de Regina — pour s'établir dans la réserve de son épouse d'alors, qui pouvait y poursuivre sa carrière dans le domaine des soins à domicile. H.L. s'est également inscrit à un cours de mécanique automobile offert dans la réserve de Muskowekwan, où il vivait à l'époque, mais il l'a abandonné parce qu'il n'était pas payé pour y assister.

325 La preuve présentée au procès n'établissant pas que H.L. était totalement ou en grande partie incapable de travailler à cause de ses problèmes émotionnels, l'inférence du juge de première instance selon laquelle ceux-ci lui avaient fait perdre des revenus d'emploi ne s'appuie donc pas sur une preuve suffisante et a été à juste titre infirmée par la Cour d'appel. Cette inférence n'étant pas suffisamment étayée, il n'est pas nécessaire de déterminer si les abus sexuels étaient à l'origine des problèmes émotionnels de H.L. La chaîne causale est déjà rompue. En outre, puisqu'il s'agissait là de l'argumentation ultime susceptible d'appuyer la conclusion générale du juge de première instance selon laquelle H.L. a subi une perte de revenus d'emploi à cause des abus sexuels commis par M. Starr, il est clair que cette conclusion du juge de première instance ne peut être maintenue et que la Cour d'appel a effectivement eu raison de l'infirmer.

326 En somme, la Cour d'appel n'a pas eu tort d'annuler les dommages-intérêts pécuniaires accordés pour la perte de revenus antérieure. Je le répète, la « norme de contrôle » applicable en Saskatchewan à une inférence factuelle est celle de la raisonnabilité. Les dommages-intérêts étant fondés sur une argumentation déraisonnable (c'est-à-dire non étayée par

evidence), the Court of Appeal was correct to intervene and overrule it.

(b) *Liability for Future Loss of Earnings*

327 Turning now to the Government of Canada's liability for future loss of earnings, it must be noted that the trial judge acknowledged that the parties presented no evidence regarding H.L.'s future earning capacity and that this necessitated a determination based solely on the data applied in assessing his loss of past earning capacity (para. 70). The trial judge ultimately calculated the discounted present lump sum required to fund H.L.'s loss of future earning capacity to be $179,190.

328 The Court of Appeal set aside this damages award, because it was of the view that the evidence fell short of proving the loss, and that the award suffered from the same errors as the award for past loss of earnings (para. 258).

329 I agree that the award for future loss of earnings must be set aside, because, like the award for past loss of earnings, it lacks a sufficient evidentiary foundation. In other words, since it was not reasonable for the trial judge to conclude that H.L. suffered a loss of employment income because of Starr's sexual abuse, given the evidentiary gaps in the trial judge's causal chain, it was likewise not reasonable for him to conclude that H.L. will continue to suffer such a loss in the future.

(2) Trial Judge's Assessment of Damages for Past Loss of Earnings

330 Given my conclusion that the pecuniary damages award for past and future loss of earnings lacks an evidentiary foundation, it is not necessary to review the trial judge's assessment of damages. However, in order to provide further guidance in this area of the law, I will briefly comment upon his assessment, especially because I agree with the Court of Appeal

la preuve), la Cour d'appel a eu raison d'intervenir et de les annuler.

b) *Responsabilité pour la perte de revenus ultérieure*

En ce qui concerne maintenant la responsabilité du gouvernement du Canada pour la perte de revenus ultérieure, il convient de signaler que le juge de première instance a reconnu que les parties n'avaient présenté aucune preuve relativement à la capacité de gain ultérieure de H.L. et que cette omission appelait une évaluation fondée uniquement sur les données prises en compte pour évaluer la perte de capacité de gain antérieure (par. 70). Le juge de première instance a finalement fixé à 179 190 $ la somme forfaitaire actualisée nécessaire pour indemniser H.L. de sa perte de capacité de gain ultérieure.

La Cour d'appel a annulé ces dommages-intérêts au motif que la preuve n'établissait pas l'existence d'une perte, et que leur calcul était entaché des mêmes erreurs que celui des dommages-intérêts accordés pour la perte de revenus antérieure (par. 258).

Je conviens que l'indemnité accordée pour la perte de revenus ultérieure doit être annulée. À l'instar de celle accordée pour la perte de revenus antérieure, elle ne s'appuie pas sur une preuve suffisante. En d'autres termes, comme il n'était pas raisonnable de conclure que H.L. avait subi une perte de revenus d'emploi à cause des abus sexuels commis par M. Starr, étant donné les lacunes, sur le plan de la preuve, de la chaîne causale établie par le juge de première instance, il n'était pas non plus raisonnable de conclure que H.L. continuerait de subir une telle perte.

(2) Évaluation de la perte de revenus antérieure

Vu ma conclusion selon laquelle les dommages-intérêts pécuniaires accordés pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure ne sont pas étayés par la preuve, point n'est besoin d'examiner l'évaluation du préjudice par le juge de première instance. Cependant, afin de clarifier davantage le droit applicable en la matière, je commenterai brièvement cette

that the trial judge erred in four respects. First, he failed to consider the plaintiff's duty to mitigate. Second, he unreasonably concluded that the plaintiff did not have a "crumbling skull" and therefore attributed too much to Starr's wrongful acts in his assessment of pecuniary damages. Third, he did not reduce the damages award to reflect the time H.L. was incarcerated. Fourth, he erred in not accounting for the social assistance payments H.L. received during the relevant period.

(a) *Duty to Mitigate*

I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in failing to consider the plaintiff's duty to mitigate. As noted by the court, the Attorney General of Canada, who bore the onus of proof in respect of this issue, adduced evidence that the plaintiff had been offered opportunities to upgrade his education and training and to enter into rehabilitative treatment in relation to his excessive consumption of alcohol; yet, he declined or failed to pursue these offers (para. 232). Therefore, to the extent that the trial judge associated the plaintiff's loss of earnings with his lack of education or training or alcohol problems, I agree with the Court of Appeal that the trial judge ought to have turned his mind to the plaintiff's duty to mitigate, and he erred in not taking up this issue.

I must also respectfully take issue with Fish J.'s reasons on this issue. At para. 134 of his reasons, Fish J. states that "the trial judge concluded that the Crown led no evidence on the issue of mitigation"; however, from my reading of the trial judge's reasons for judgment, it is clear that, rather than come to any such conclusion, the trial judge simply did not consider this issue at all and therein lies the error.

Furthermore, at para. 135, Fish J. notes that H.L. testified that he failed to upgrade his education because he had a poor memory. Instead of pointing

évaluation, d'autant plus que je conviens avec la Cour d'appel que le juge de première instance a commis quatre erreurs à cet égard. Premièrement, il n'a pas pris en considération l'obligation du demandeur de limiter le préjudice. Deuxièmement, il a conclu, de manière déraisonnable, que la vulnérabilité du demandeur n'était pas déjà active, de sorte qu'il a accordé trop d'importance aux actes répréhensibles de M. Starr en établissant les dommages-intérêts pécuniaires. Troisièmement, il n'a pas retranché de la période considérée le temps que H.L. avait passé en prison. Quatrièmement, il a eu tort de ne pas tenir compte des prestations d'aide sociale touchées par H.L. pendant cette période.

a) *Obligation de limiter le préjudice*

331 Je conviens avec la Cour d'appel que le juge de première instance a commis une erreur en ne tenant pas compte de l'obligation du demandeur de limiter le préjudice. Comme elle l'a fait remarquer, le procureur général du Canada, à qui incombait la charge de la preuve à cet égard, a présenté des éléments selon lesquels le demandeur s'était vu offrir la possibilité de parfaire son éducation et sa formation et de suivre un traitement pour sa consommation excessive d'alcool, mais avait décliné l'offre ou omis de saisir l'occasion (par. 232). Par conséquent, dans la mesure où le juge de première instance a associé la perte de revenus du demandeur à son manque d'éducation ou de formation ou à ses problèmes d'alcool, je conviens avec la Cour d'appel qu'il aurait dû tenir compte de l'obligation du demandeur de limiter le préjudice et qu'il a commis une erreur en omettant de le faire.

332 En toute déférence, je suis également en désaccord avec le juge Fish sur ce point. Au paragraphe 134 de ses motifs, il affirme que « le juge de première instance a conclu que le procureur général du Canada n'avait présenté aucune preuve à cet égard ». Or, suivant mon interprétation des motifs du jugement de première instance, il est clair que le juge n'a tiré aucune conclusion à ce sujet, omettant plutôt de considérer la question, d'où l'erreur.

333 En outre, au par. 135 de ses motifs, le juge Fish fait observer que, suivant son témoignage, H.L. n'avait pas parfait son éducation à cause de son peu

to a failure to mitigate, in my colleague's view, this testimony is consistent with the trial judge's finding that H.L.'s alcoholism, poor self-image and lack of confidence affected his ability to learn a trade and his ability to find and keep a job. I have already discussed the evidentiary gaps in the trial judge's reasoning in this respect.

334 Fish J. is also of the view that while "the record is essentially silent regarding H.L.'s efforts at rehabilitation, it appears from his evidence at trial that he was at least then making an effort to abstain from any further consumption of alcohol" (para. 135). With respect I do not agree that the record is essentially silent regarding H.L.'s efforts at rehabilitation. For example, at trial, the Attorney General of Canada filed as an exhibit H.L.'s admission reports from the Regina Provincial Correctional Centre ("P.C.C."). H.L. was incarcerated at the Regina P.C.C. for a number of alcohol and theft-related offences. These reports indicate that upon his various admissions to the P.C.C., H.L. expressed no interest in counselling, education or treatment programs relating to alcoholism. Therefore, while H.L. may have been making an effort to abstain from any further consumption of alcohol at the time of the trial, this does not change the fact that the trial judge ought to have considered the evidence regarding H.L.'s efforts at rehabilitation in the past, especially since H.L. was claiming damages for past loss of earnings. He erred in not doing so.

(b) *Crumbling Skull*

335 Assuming for the purposes of my analysis at this juncture that Starr's sexual abuse was at least a cause of H.L.'s loss of earnings (although it is my contention that there is no evidentiary basis for such a conclusion), I find that the trial judge also erred in his assessment of pecuniary damages by attributing too much to Starr's two acts of sexual abuse. This error came as a result of the trial judge's unreasonable inference that H.L. did not have a "crumbling skull".

de mémoire. Au lieu d'y voir l'omission de limiter le préjudice, mon collègue estime que ce témoignage concorde avec la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'alcoolisme de H.L., son image négative de lui-même et son manque de confiance avaient nui à sa capacité d'apprendre un métier et à celle de trouver et de conserver un emploi. J'ai déjà fait état de la faiblesse de la preuve sous-tendant le raisonnement du juge de première instance à cet égard.

Le juge Fish ajoute que « [m]ême si le dossier ne révèle essentiellement rien au sujet de ses efforts de réadaptation, le témoignage de H.L. au procès permettait de conclure qu'il avait tenté à tout le moins de mettre fin à sa consommation d'alcool » (par. 135). À mon humble avis, je ne crois pas que le dossier ne révèle essentiellement rien au sujet des efforts de réadaptation de H.L. Par exemple, au procès, le procureur général du Canada a déposé en preuve les registres d'admission du centre correctionnel provincial de Regina où H.L. avait été incarcéré pour un certain nombre d'infractions liées à l'alcool et au vol. Selon ces registres, lors des différentes périodes d'incarcération, H.L. n'avait manifesté aucun intérêt pour les programmes d'aide, de formation ou de traitement destinés aux alcooliques. Par conséquent, même si, au moment du procès, H.L. faisait des efforts pour mettre fin à sa consommation d'alcool, il demeure que le juge de première instance aurait dû tenir compte de la preuve relative aux efforts de réadaptation antérieurs de H.L., d'autant plus que ce dernier demandait une indemnité pour la perte de revenus dans le passé. Il a eu tort de ne pas le faire.

b) *Vulnérabilité déjà active (« crumbling skull »)*

À supposer, pour les besoins de la présente analyse, que les abus sexuels de M. Starr aient au moins contribué à la perte de revenus de H.L. (bien que, selon moi, la preuve ne permette pas de le conclure), j'estime que le juge de première instance a également commis une erreur en leur accordant trop d'importance dans l'établissement des dommages-intérêts pécuniaires. Cette erreur résulte de son inférence déraisonnable selon laquelle H.L. n'avait pas une vulnérabilité déjà active.

The "crumbling skull" rule was described by Major J. in *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at para. 35, as follows:

> The so-called "crumbling skull" rule simply recognizes that the pre-existing condition was inherent in the plaintiff's "original position". The defendant need not put the plaintiff in a position better than his or her original position. The defendant is liable for the injuries caused, even if they are extreme, but need not compensate the plaintiff for any debilitating effects of the pre-existing condition which the plaintiff would have experienced anyway. The defendant is liable for the additional damage but not the pre-existing damage . . . . Likewise, if there is a measurable risk that the pre-existing condition would have detrimentally affected the plaintiff in the future, regardless of the defendant's negligence, then this can be taken into account in reducing the overall award . . . . This is consistent with the general rule that the plaintiff must be returned to the position he would have been in, with all of its attendant risks and shortcomings, and not a better position. [Emphasis in original; citations omitted.]

The trial judge in the case at bar concluded that there was no evidence that H.L. then had a crumbling skull. In his view, if H.L. was predisposed to emotional injury as a consequence of S.W.'s abuse or the dysfunctional family environment he grew up in, H.L. had a "thin skull", meaning that the Government of Canada would remain responsible for the injuries triggered by Starr's abuse (para. 28).

I agree with the Attorney General of Canada that the evidence regarding H.L.'s upbringing in a home where there was alcohol abuse and family violence suggests it is quite likely that H.L.'s earning capacity would have been substantially the same even if the sexual assaults had not occurred. Contained in his family history are a number of disturbing events that undergird this conclusion. For instance, at trial, evidence was adduced to show that on one occasion, S.W. assaulted H.L.'s mother, brandished a rifle and threatened to kill her, which prompted H.L. and his older brother to crawl out of their bedroom window in mortal fear of being shot. They hid under the front steps while their mother fled. In my view, this startling event, combined with H.L.'s troubled home life

336 La règle de la vulnérabilité de la victime a été définie comme suit par le juge Major dans l'arrêt *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 35 :

> La règle de la vulnérabilité de la victime reconnaît simplement que l'état préexistant du demandeur était inhérent à sa « situation originale ». Le défendeur n'a pas à rétablir le demandeur dans une meilleure situation que sa situation originale. Le défendeur est responsable du préjudice causé, même s'il est très grave, mais il n'a pas à indemniser le demandeur des effets débilitants qui sont imputables à l'état préexistant et que ce dernier aurait subis de toute façon. Le défendeur est responsable des dommages supplémentaires mais non des dommages préexistants [. . .] De même, s'il y a un risque mesurable que l'état préexistant aurait entraîné des conséquences nuisibles pour le demandeur dans l'avenir, indépendamment de la négligence du défendeur, il peut alors en être tenu compte pour réduire le montant de l'indemnité globale [. . .] Ce résultat est conforme à la règle générale suivant laquelle il faut rétablir le demandeur dans la situation où il aurait été, avec ses risques et ses inconvénients, et non dans une meilleure situation. [Souligné dans l'original; citations omises.]

En l'espèce, le juge de première instance a conclu qu'aucune preuve n'établissait que, au moment considéré, la vulnérabilité de H.L. était déjà active. Selon lui, si H.L. avait une prédisposition aux troubles émotionnels en raison des actes de violence de S.W. ou du fait qu'il avait grandi dans une famille dysfonctionnelle, il s'agissait d'une vulnérabilité latente, de sorte que le gouvernement du Canada demeurait responsable du préjudice causé par les actes de M. Starr (par. 28).

337 Je conviens avec l'intimé le procureur général du Canada que la preuve selon laquelle H.L. a grandi au sein d'une famille où sévissaient l'abus d'alcool et la violence donne à penser que la capacité de gain de H.L. aurait probablement été la même si les abus sexuels n'avaient pas eu lieu. L'histoire familiale de H.L. fait état d'un certain nombre d'événements troublants qui appuient cette thèse. Par exemple, au procès, des éléments ont été présentés pour établir que S.W. avait une fois agressé la mère de H.L., brandi une arme et menacé de la tuer, ce qui avait obligé H.L. et son frère aîné à sortir par la fenêtre de leur chambre, en proie à une peur mortelle de se faire tirer dessus. Ils s'étaient cachés sous les marches de l'entrée alors que leur mère avait pris la fuite.

in general, likely would have detrimentally affected H.L. in the future, regardless of Starr's abuse.

338 Moreover, both expert witnesses offered testimony that gives support to this conclusion. Dr. Arnold's opinion was that H.L.'s alcoholism was largely attributable to causes other than Starr's sexual abuse, such as H.L.'s exposure to alcohol abuse and family violence. Similarly, on cross-examination, Mr. Stewart admitted that H.L.'s early home life and S.W.'s abuse contributed in some way to his current problems. I agree with the Court of Appeal that since the trial judge relied on the evidence of these experts for the purpose of connecting the plaintiff's problem with alcohol to Starr's wrongful acts, albeit incorrectly in my view, he also should have had regard to it for the purpose of assessing the extent of H.L.'s loss of earnings that was attributable to these acts, in order to ensure that H.L. was not placed in a better position, through an award of damages, than he would have been had it not been for Starr's sexual abuse.

339 Therefore, in light of the evidence regarding H.L.'s upbringing in a home where there was alcohol abuse and family violence, as well as the experts' acknowledgement that H.L.'s formative life experience contributed at least in some way to his current problems, it was unreasonable for the trial judge to infer that H.L. did not have a crumbling skull, and that this error led him to attribute too much of H.L.'s loss of earning capacity to Starr's two acts of sexual abuse. Instead, as recommended by the Court of Appeal, the trial judge ought to have engaged in a retrospective contingency assessment, in order to consider potential deductions to the pecuniary damages award in light of possible contributing factors other than Starr's sexual abuse (para. 237).

(c) *Time Incarcerated*

340 At trial, Klebuc J. inferred that H.L.'s numerous convictions on alcohol and theft-related offences were attributable to Starr's sexual abuse (para. 29). Accordingly, in assessing H.L.'s loss of earnings, the trial judge included periods of time in which he

Selon moi, il est probable que cet épisode saisissant, jumelé à une vie de famille généralement difficile, ait hypothéqué l'avenir de H.L., indépendamment des abus de M. Starr.

De plus, les deux témoins experts ont abondé en ce sens. Selon le Dr Arnold, l'alcoolisme de H.L. était en grande partie attribuable à d'autres causes que les abus sexuels, comme le fait d'avoir été confronté à l'abus d'alcool et à la violence familiale. De même, en contre-interrogatoire, M. Stewart a reconnu que sa vie de famille lorsqu'il était enfant et la violence de S.W. avaient en quelque sorte contribué à ses problèmes actuels. Je conviens avec la Cour d'appel que, le juge de première instance s'étant fondé, à tort selon moi, sur le témoignage de ces experts pour établir un lien entre l'alcoolisme du demandeur et les actes répréhensibles de M. Starr, il aurait dû également en tenir compte pour déterminer dans quelle proportion la perte de revenus de H.L. était attribuable à ces actes, et ce, afin que les dommages-intérêts ne mettent pas H.L. dans une situation meilleure que celle dans laquelle il se serait trouvé si les abus sexuels n'avaient pas eu lieu.

Aussi, vu la preuve selon laquelle H.L. avait grandi dans un foyer où régnaient l'abus d'alcool et la violence familiale, ainsi que le témoignage des experts selon lequel les premières années d'apprentissage de la vie de H.L. avaient contribué jusqu'à un certain point à ses problèmes actuels, il était déraisonnable d'inférer que H.L. n'avait pas une vulnérabilité déjà active, et cette erreur a amené le juge de première instance à accorder trop d'importance aux deux épisodes d'abus sexuel en évaluant la perte de capacité de gain de H.L. Comme l'a recommandé la Cour d'appel, le juge aurait dû examiner les faits passés en vue de déterminer s'il fallait réduire le montant des dommages-intérêts accordés en fonction d'éventuels facteurs contributifs autres que les abus sexuels de M. Starr (par. 237).

c) *Incarcération*

Au procès, le juge Klebuc a inféré que les nombreuses infractions liées à l'alcool et au vol commises par H.L. étaient attribuables aux abus sexuels de M. Starr (par. 29). Il a donc inclus dans la période considérée pour l'évaluation de la perte de revenus

was incarcerated. I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in attributing H.L.'s criminal behaviour and its earning-capacity consequence to Starr's wrongful acts, because there was no evidence to support this causal inference.

The evidence adduced at trial regarding the relationship between sexual abuse and criminality focused on the risk that child abuse victims may go on to become abusers themselves. For instance, during direct examination, Mr. Stewart offered the following testimony on this issue:

Q: Would the sexual abuse have impacted upon — you mentioned substance abuse. What about criminality?

A: It certainly could. Criminality in the sense that a number of individuals — in fact a wide number of individuals, I don't have the exact number, who have been either physically or sexually abused in childhood, a great proportion of those end up being abusers themselves once they reach adulthood. So in that sense, yes, it's possible.

On cross-examination, Mr. Stewart was asked to clarify his opinion regarding the relationship between sexual abuse and criminal behaviour. In response, he stated:

The only criminal behaviour that's really I think associated with that [sexual abuse], strongly associated, is the tendency to possibly abuse other people, other kids maybe, but not between robbing a bank and being sexually abused. I don't think that there is that strong of a relationship, no.

In contrast, H.L.'s criminal record demonstrates that none of the crimes for which he was incarcerated related to the abuse of other people. Instead, as noted above, they were, for the most part, alcohol and theft related.

Because the expert evidence adduced at trial only described the risk that child abuse victims may go on to become abusers themselves, I find no evidence to support the trial judge's inference that H.L.'s numerous convictions on alcohol and theft-related offences were attributable to Starr's sexual abuse.

le temps que H.L. avait passé en prison. Je conviens avec la Cour d'appel qu'il a eu tort d'attribuer aux actes répréhensibles de M. Starr le comportement criminel de H.L. et les conséquences de ce comportement sur sa capacité de gain, car aucune preuve n'étayait cette inférence de causalité.

341 La preuve présentée au procès relativement à l'existence d'un lien entre les abus sexuels et la criminalité portait surtout sur le risque qu'un enfant victime d'agression ne devienne lui-même agresseur. Par exemple, en interrogatoire principal, M. Stewart a dit ce qui suit à ce sujet :

[TRADUCTION]

Q : Concernant les effets de l'abus sexuel — vous avez mentionné l'abus de substances intoxicantes. La criminalité peut-elle être l'un d'eux?

R : Certainement. La criminalité, en ce sens qu'un certain nombre de personnes — en fait, un grand nombre de personnes, je n'ai pas les chiffres exacts, qui ont été victimes d'agressions physiques ou sexuelles dans leur enfance, une grande proportion de ces personnes deviennent elles-mêmes des agresseurs lorsqu'elles atteignent l'âge adulte. Donc, en ce sens, oui, c'est possible.

En contre-interrogatoire, M. Stewart a été appelé à clarifier son opinion sur le lien entre l'abus sexuel et le comportement criminel :

[TRADUCTION] Le seul comportement criminel qui soit vraiment associé à [l'abus sexuel], grandement associé, est la tendance à s'en prendre éventuellement à d'autres personnes, à d'autres enfants peut-être, mais non à dévaliser une banque, après avoir été abusé sexuellement. Je ne crois pas qu'il existe un lien aussi marqué, non.

342 Par contre, le casier judiciaire de H.L. révèle qu'aucun des crimes pour lesquels il a été incarcéré n'avait trait à l'agression d'autrui. Au contraire, il s'agissait surtout, je le répète, d'infractions liées à l'alcool et au vol.

343 Étant donné que la preuve d'expert offerte au procès ne portait que sur le risque qu'un enfant agressé ne devienne lui-même agresseur, aucun élément de preuve n'appuie l'inférence du juge de première instance selon laquelle les nombreuses infractions liées à l'alcool et au vol commises par H.L.

Therefore, the trial judge erred in not reducing the damages award to reflect the time H.L. was incarcerated.

344 Moreover, I agree with the Court of Appeal that to award a plaintiff damages for loss of earning capacity while incarcerated would undermine the principles of our criminal justice system (paras. 240-41). As noted by the Court of Appeal, the risk was well described by Samuels J.A. in *State Rail Authority of New South Wales v. Wiegold* (1991), 25 N.S.W.L.R. 500 (C.A.), at p. 514, as follows:

> If the plaintiff has been convicted and sentenced for a crime, it means that the criminal law has taken him to be responsible for his actions, and has imposed an appropriate penalty. He or she should therefore bear the consequences of the punishment, both direct and indirect. If the law of negligence were to say, in effect, that the offender was not responsible for his actions and should be compensated by the tortfeasor, it would set the determination of the criminal court at nought. It would generate the sort of clash between civil and criminal law that is apt to bring the law into disrepute.

(d) *Receipt of Social Assistance*

345 The trial judge noted that from January 1, 1980 to December 31, 1987, H.L. generally relied on social assistance to meet his needs; however, in calculating the award for past loss of earning capacity for this period, he did not account for H.L.'s receipt of social assistance payments (para. 64). The Court of Appeal found that Klebuc J. erred in not addressing the issue of whether the social assistance benefits received by H.L. should be deducted from the damages award for loss of past earnings, but it refrained from commenting any more upon the matter, since a recent decision from the British Columbia Court of Appeal directly on point was currently under appeal to this Court. That decision, *M.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 477, 2003 SCC 53, has now been rendered. In *M.B.*, this Court held that social assistance is a form of income replacement and is therefore deductible at common law. In light of this decision, it is clear that the trial judge committed a mixed error of law and fact when he failed to account for the social

étaient attribuables aux abus sexuels de M. Starr. Le juge de première instance a donc eu tort de ne pas abaisser le montant des dommages-intérêts en fonction du temps que H.L. avait passé en prison.

En outre, je conviens avec la Cour d'appel qu'accorder à un demandeur des dommages-intérêts pour la perte de capacité de gain pendant son incarcération va à l'encontre des principes de notre système de justice pénale (par. 240-241). Comme elle l'a signalé, le juge Samuels avait bien décrit le dilemme dans *State Rail Authority of New South Wales c. Wiegold* (1991), 25 N.S.W.L.R. 500 (C.A.), p. 514 :

> [TRADUCTION] Si le demandeur a été déclaré coupable d'un crime et condamné à une peine, c'est parce que, au regard du droit criminel, il a été jugé responsable de ses actes et une peine appropriée lui a été infligée. Il doit donc subir les conséquences de la peine, directes et indirectes. Si, au regard de la responsabilité civile délictuelle, le contrevenant n'était pas tenu responsable de ses actes et devait être indemnisé par l'auteur du délit, la décision du tribunal pénal serait mise en échec. Il en résulterait entre le droit civil et le droit pénal une sorte de conflit susceptible de déconsidérer la justice.

d) *Prestations d'aide sociale*

Le juge de première instance a fait observer que du 1er janvier 1980 au 31 décembre 1987, H.L. avait généralement compté sur les prestations d'aide sociale pour subvenir à ses besoins. Cependant, dans l'établissement des dommages-intérêts pour la perte de capacité de gain pendant cette période, il n'a pas tenu compte de l'obtention de prestations d'aide sociale par H.L. (par. 64). La Cour d'appel a conclu que le juge Klebuc avait eu tort de ne pas se demander si ces prestations devaient être déduites des dommages-intérêts accordés pour la perte de revenus antérieure. Elle s'est cependant abstenue de développer la question, une décision récente de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique portant précisément sur le sujet faisant alors l'objet d'un pourvoi devant notre Cour. L'arrêt a depuis été rendu : *M.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 477, 2003 CSC 53. Dans cet arrêt, notre Cour a statué que les prestations d'aide sociale constituent une forme de remplacement du revenu et que, par conséquent, elles sont déductibles en common law.

assistance payments H.L. received during the relevant period.

V. Disposition

For all these reasons, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

CHARRON J. (dissenting in part) — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues Justice Fish and Justice Bastarache. I agree with the analysis of Fish J. on the governing standard of review for appeals in the province of Saskatchewan and conclude that the Court of Appeal erred in finding that the standard was other than that adopted by this Court in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. As Fish J., I would nonetheless conclude that the Court of Appeal was correct in setting aside the trial judge's award of pecuniary damages for future loss of earnings. I also agree with Fish J. that the trial judge erred in awarding pecuniary damages during the period of time that the appellant was incarcerated and that he further erred in failing to account for H.L.'s receipt of social assistance payments. However, I respectfully depart from Fish J.'s reasoning in the following respect.

I would conclude, on application of the appropriate standard of review, that the Court of Appeal was correct in setting aside the entire award for pecuniary damages. In my view, the same error informed the trial judge's decision to award pecuniary damages in respect of both past and future loss of earnings. In effect, the trial judge found that there was a causal connection between the acts of sexual abuse and a lifelong inability to earn income. In my respectful view, the evidence did not support this finding and, consequently, the award for loss of income, past and future, is unreasonable. On this point, I am essentially in agreement with the reasons of my colleague Bastarache J. Consequently, I would dismiss the appeal.

À la lumière de cette décision, il est clair que le juge de première instance a commis une erreur mixte de fait et de droit lorsqu'il a omis de tenir compte des prestations d'aide sociale touchées par H.L. pendant la période considérée.

V. Dispositif

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. 346

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CHARRON (dissidente en partie) — J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges Fish et Bastarache. Je souscris à l'analyse du juge Fish en ce qui concerne la norme de révision applicable en appel dans la province de la Saskatchewan et j'estime que la Cour d'appel a eu tort de conclure que la norme applicable n'était pas celle établie par notre Cour dans *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33. Tout comme le juge Fish, je suis néanmoins d'avis que la Cour d'appel a eu raison d'annuler les dommages-intérêts pécuniaires accordés en première instance pour la perte de revenus ultérieure. Je conviens également avec lui que le juge de première instance a eu tort d'accorder des dommages-intérêts pécuniaires pour la période pendant laquelle l'appelant avait été incarcéré et de ne pas tenir compte des prestations d'aide sociale qu'il avait touchées. En toute déférence, je me dissocie toutefois de son raisonnement à l'égard de ce qui suit. 347

Compte tenu de l'application de la norme de révision appropriée, je crois que la Cour d'appel a annulé à bon droit la totalité des dommages-intérêts pécuniaires accordés. Selon moi, la même erreur entachait la décision du juge de première instance d'accorder des dommages-intérêts pécuniaires pour les pertes de revenus passée et future. Il a en effet conclu à l'existence d'un lien de causalité entre les abus sexuels et l'incapacité permanente de gagner un revenu. À mon humble avis, la preuve n'étayait pas cette conclusion, de sorte que l'indemnisation pour les pertes de revenus passée et future est déraisonnable. Sur ce point, je suis essentiellement d'accord avec mon collègue le juge Bastarache. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi. 348

Appeal allowed in part, with costs, BASTARACHE, LEBEL, DESCHAMPS *and* CHARRON JJ. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellant: Merchant Law Group, Regina.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.

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

Pourvoi accueilli en partie, avec dépens, les juges BASTARACHE, LEBEL, DESCHAMPS *et* CHARRON *sont dissidents en partie.*

Procureurs de l'appelant : Merchant Law Group, Regina.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.

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

Biolyse Pharma Corporation *Appellant*

v.

Bristol-Myers Squibb Company, Bristol-Myers Squibb Canada Inc. and Attorney General of Canada *Respondents*

and

Canadian Generic Pharmaceutical Association and Pfizer Canada Inc. *Interveners*

INDEXED AS: BRISTOL-MYERS SQUIBB CO. *v.* CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2005 SCC 26.

File No.: 29823.

2004: November 5; 2005: May 19.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Patents — Patented medicines — Notice of compliance — Whether new drug submission falls within scope of s. 5(1.1) of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

In the 1970s, information that the bark of the Pacific yew contained *paclitaxel*, an anticarcinogenic component, was discovered by the National Cancer Institute, a government-funded organization in the United States, and put into the public domain. There were practical concerns that insufficient quantities could be made available for large scale pharmaceutical production, however, as the yew bushes died when stripped of their bark. In the 1980s the respondent BMS companies developed a drug containing *paclitaxel*, later marketed as Taxol. In the course of that work it obtained several Canadian patents covering new formulations and methods of administration of the medicine. None of the patents covered *paclitaxel* itself.

Working independently of BMS, the appellant, Biolyse, discovered that *paclitaxel* could be extracted

Biolyse Pharma Corporation *Appelante*

c.

Bristol-Myers Squibb Company, Bristol-Myers Squibb Canada Inc. et procureur général du Canada *Intimés*

et

Association canadienne du médicament générique et Pfizer Canada Inc. *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : BRISTOL-MYERS SQUIBB CO. *c.* CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2005 CSC 26.

N° du greffe : 29823.

2004 : 5 novembre; 2005 : 19 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Brevets — Médicaments brevetés — Avis de conformité — La présentation de drogue nouvelle est-elle visée par l'art. 5(1.1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133?

Dans les années 70, le National Cancer Institute, un organisme américain financé par le gouvernement, a découvert que l'écorce de l'if de l'Ouest contenait du *paclitaxel*, un élément anticancérogène, et il a versé dans le domaine public les renseignements à ce sujet. Comme l'if est un arbuste qui meurt si on le dépouille de son écorce, on craignait ne pas pouvoir se procurer suffisamment de matière première pour une production pharmaceutique à grande échelle. Dans les années 80, les sociétés BMS intimées ont développé la drogue Taxol, contenant du *paclitaxel*, et l'ont ensuite mise sur le marché. Dans le cadre de ces travaux, elles ont obtenu plusieurs brevets canadiens relatifs à la formulation et au mode d'administration de ce médicament. Aucun de ces brevets ne vise le *paclitaxel* en soi.

Indépendamment des travaux de BMS, l'appelante Biolyse a découvert qu'elle pouvait extraire le

from a different species of yew without killing it, and applied to the Minister of Health for a notice of compliance ("NOC") in order to market its product. The Minister required Biolyse to submit a New Drug Submission ("NDS") rather than an Abbreviated New Drug Submission ("ANDS") because its different botanical source and its claims for new and different uses for the medicine prevented any reliance on BMS's Taxol as a Canadian reference product. Biolyse prepared and submitted independent clinical studies. The Minister approved the safety and efficacy of the Biolyse product as a new drug and issued Biolyse a NOC in 2001. BMS sought to quash this NOC on the basis that its issuance depended on a finding of bioequivalence to the BMS product.

After repealing the former compulsory licencing system, Parliament wished to facilitate early market entry by generic manufacturers immediately after the expiry of a patent, by eliminating the usual regulatory lag of two years or so before a generic manufacturer could obtain an NOC. However, in order to prevent abuse of these "early working" and "stockpiling" exceptions by the generic companies the government also enacted the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* ("*NOC Regulations*"). Under the *NOC Regulations*, a patent owner may submit a patent list in respect of any drug that contains a "medicine". If another manufacturer subsequently applies for a NOC for the same drug this "second person" may allege that the patent list filed by the "first person" is not a proper bar. After being served with a Notice of Allegation, the innovator may apply for an order prohibiting the Minister from issuing a NOC until all of the listed patents have expired. This application for prohibition triggers a 24-month statutory freeze on the issuance of a NOC.

On an application for judicial review, the motions judge found that Biolyse had neither applied for nor obtained regulatory approval on the basis of bioequivalence. He ruled that Biolyse was caught by s. 5(1.1) of the *NOC Regulations* however, because both the Biolyse and the BMS products contained *paclitaxel*, even though neither BMS nor Biolyse had any patent claim to *paclitaxel*. He quashed the NOC. The Federal Court of Appeal upheld that decision.

Held (Major, Bastarache and Charron JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

paclitaxel d'une autre espèce d'if sans tuer l'arbre, et elle a demandé au ministre de la Santé un avis de conformité (« ADC ») en vue de mettre son produit sur le marché. Le ministre a demandé à Biolyse de soumettre une présentation de drogue nouvelle (« PDN ») au lieu d'une présentation abrégée de drogue nouvelle (« PADN ») parce que l'origine biologique différente et les revendications relatives aux autres vertus médicales de son produit l'empêchaient de recourir au Taxol de BMS au titre de produit canadien de référence. Biolyse a procédé à des essais cliniques indépendants qu'elle a présentés. Le ministre a approuvé l'innocuité et l'efficacité du produit de Biolyse en tant que drogue nouvelle et en 2001, il a délivré à Biolyse un ADC. BMS a demandé l'annulation de cet ADC en affirmant qu'il avait été délivré en raison de la bioéquivalence avec le produit de BMS.

Après avoir abrogé le système de licences obligatoires, le Parlement a voulu favoriser l'entrée rapide sur le marché de produits génériques immédiatement après l'expiration d'un brevet en éliminant le délai réglementaire minimal de deux ans avant qu'un fabricant de produits génériques puisse obtenir un ADC. Toutefois, afin de prévenir le recours abusif aux exceptions relatives aux « travaux préalables » et à « l'emmagasinage » par les fabricants de produits génériques, le gouvernement a aussi adopté le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (« *Règlement ADC* »). En vertu du *Règlement ADC*, le titulaire de brevet peut soumettre une liste de brevets à l'égard de toute drogue qui contient un « médicament ». Si un autre fabricant demande par la suite un ADC relatif à la même drogue, cette « deuxième personne » peut alléguer que la liste de brevets soumise par la « première personne » n'empêche pas la délivrance d'un ADC. Après qu'un avis d'allégation lui a été signifié, la société innovatrice peut demander une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un ADC avant l'expiration de tous les brevets énumérés sur la liste. Cette demande d'interdiction déclenche un gel légal de 24 mois à l'égard de la délivrance d'un ADC.

Le juge des requêtes saisi d'une demande de contrôle judiciaire a conclu que Biolyse n'avait ni demandé ni obtenu l'approbation réglementaire en se fondant sur la bioéquivalence. Il a cependant jugé que le par. 5(1.1) du *Règlement ADC* s'appliquait à Biolyse parce que ses produits et ceux de BMS contenaient du *paclitaxel*, même si ni BMS ni Biolyse n'ont revendiqué un brevet visant le *paclitaxel*. Le juge des requêtes a annulé l'ADC et la Cour d'appel fédérale a maintenu cette décision.

Arrêt (les juges Major, Bastarache et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.: The Minister was entitled to issue the NOC to Biolyse on the basis of its NDS without subjecting it to the statutory freeze. An interpretation of the *NOC Regulations* that confers on BMS a monopoly merely by demonstrating the presence of a public domain medicine like *paclitaxel* in its product would provide no value to the public in exchange for the monopoly BMS seeks. When the *NOC Regulations* are considered in their proper context, and in particular in light of the wording of the statutory power that authorized them, the *NOC Regulations* do not have the sweeping effect contended for by BMS. [4] [69]

Parliament enacted the legislation in question in order to protect the rights of patentees by preventing generic manufacturers from marketing "copy-cat drugs" until the expiry of all relevant patents. Under the *NOC Regulations* the court hearing the prohibition application has no discretion to lift the stay even if it thinks the innovator's case for interim relief is weak. Nor does the court have a discretion to leave the contending parties to their remedies under the *Patent Act*. The "second person's" application for a NOC simply goes into deep-freeze until the statutory procedures have played themselves out. [24] [45-46]

Section 5(1.1) of the *NOC Regulations* does not apply to innovative drugs. It should be confined to applications for generic copies of patented drugs in the circumstances contemplated by the regulator, namely, where a manufacturer makes a submission for an NOC for a drug which it purports to copy from another generic but in fact copies from the innovator company that has filed the patent list. Furthermore, since Biolyse did not rely on bioequivalence, its product did not fall within the scope of s. 5(1) of the *NOC Regulations* either. The product was properly treated as an innovator drug, rather than a copy-cat drug, and neither ss. 5(1) nor 5(1.1) had any application. [69]

Applying the modern approach to statutory interpretation, the word "submission" in s. 5(1.1) cannot be isolated from this context and from the scope of the regulation making power in s. 55.2(4) of the *Patent Act*, which permits a generic manufacturer to work the patented invention within the 20-year period ("the early working exception") to the extent necessary to obtain a NOC at the time the patent(s) expired and to "stockpile" generic product towards the end of the 20-year period to

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Abella : Le ministre avait le droit de délivrer à Biolyse un ADC qui reposait sur sa PDN sans l'assujettir au gel légal. Une interprétation du *Règlement ADC* qui confère un monopole à BMS du simple fait qu'elle a établi que son produit contient un médicament comme le *paclitaxel*, qui appartient au domaine public, n'apporte rien au public en échange du monopole auquel aspire BMS. Si on l'examine dans le contexte qui lui est propre et, en particulier, à la lumière du libellé de la disposition législative qui l'autorise, le *Règlement ADC* n'a pas la vaste portée que lui prête BMS. [4] [69]

Le législateur a adopté la loi en question en vue de protéger les droits des titulaires de brevets en empêchant les fabricants de produits génériques de mettre sur le marché des copies de drogues avant l'expiration de tous les brevets pertinents. Aux termes du *Règlement ADC*, le tribunal saisi de la demande d'interdiction n'a aucun pouvoir discrétionnaire lui permettant de lever la suspension, même s'il estime faibles les arguments sur lesquels se fonde la demande de mesures provisoires de la société innovatrice. Le tribunal n'a pas non plus le pouvoir discrétionnaire de renvoyer les parties opposées aux recours prévus par la *Loi sur les brevets*. La demande d'ADC soumise par la « deuxième personne » est simplement reléguée aux oubliettes jusqu'à ce que la procédure réglementaire ait connu son dénouement. [24] [45-46]

Le paragraphe 5(1.1) du *Règlement ADC* ne s'applique pas aux drogues nouvelles. Il devrait se limiter aux demandes relatives aux copies génériques de drogues brevetées dans les cas envisagés par l'autorité de réglementation, soit les cas où le fabricant demande un ADC à l'égard d'une drogue qu'il prétend être une copie d'un autre produit générique mais qui, en fait, est une copie du produit de la société innovatrice qui a soumis la liste de brevets. En outre, comme Biolyse ne s'est pas fondée sur la bioéquivalence, son produit n'est pas non plus visé par le par. 5(1) du *Règlement ADC*. Le produit a été considéré à juste titre comme une drogue nouvelle plutôt que comme une copie d'une drogue, et ni le par. 5(1) ni le par. 5(1.1) ne s'appliquent. [69]

En appliquant la méthode moderne d'interprétation des lois, le terme « demande » au par. 5(1.1) ne peut être isolé de son contexte et de la portée du pouvoir de réglementation prévu au par. 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, qui permet au fabricant de produits génériques de fabriquer l'invention brevetée avant l'expiration du brevet (« l'exception relative aux travaux préalables ») dans la mesure nécessaire pour obtenir un ADC dès l'expiration du brevet, et d'« emmagasiner » des

await lawful market entry. The grammatical and ordinary sense of the words and the precise scope of the word "submission" in s. 5(1.1) must be given a purposive interpretation within this context. Secondly, in analyzing the more specific schemes of the *Patent Act* and the Minister's regulation-making power, it is apparent that the *NOC Regulations* are directed to persons who are making use of the "patented invention" which is not necessarily co-extensive with the patented drug or the patented claims. BMS has no patent on *paclitaxel* and the mere fact *paclitaxel* is found in the Biolyse product does not mean that Biolyse took advantage of BMS inventions for the purpose of "early working" a generic copy or "stockpiling" in anticipation of the expiry of the BMS patents. Moreover, the limiting words of s. 55.2(4) do not disturb the usual requirement that regulations must fall within the regulation making power. The "plain meaning" adopted by the Federal Court of Appeal in this case would suggest that s. 5(1.1) is *ultra vires* the very specific authority given by s. 55.2(4). Finally, the internal structure of the *NOC Regulations* supports a narrower interpretation. The word "submission" is also used in s. 4(1), which provides the template upon which s. 5(1.1) is modelled, and s. 4(1) has been held not to apply to all submissions. Any other interpretation of s. 4(1) would allow innovator companies to sidestep the time limits applicable to patent lists by the simple expedient of making corporate or technical changes to their filing by way of what is called a supplementary NDS. In this context, the courts have found that an unqualified and unrestricted interpretation of the word "submission" would be destructive of regulatory intent. [11] [41-61] [67]

The interpretation of s. 5(1.1) accepted by the courts below would lead to an absurd result. The "medicine" in the drug to which the patent list relates need not itself be patented, or indeed, owe anything to the ingenuity of the "first" person. So long as such "medicine" shows up as a component, however minor, in the chemical composition of the drug to which the patent list relates, the "second person" (including an innovator who is seeking to manufacture a new and useful drug) will be barred from proceeding to market by the automatic statutory freeze, and this bar will continue for so long as the patent list holder can evergreen its product by resort to patentable improvements to other components or additions. This would stifle competition and innovation in the pharmaceutical industry and produce a result

produits génériques vers la fin de la période de 20 ans en attendant qu'ils entrent légalement sur le marché. Il faut dans ce contexte appliquer une interprétation téléologique au sens grammatical et ordinaire des mots et à la portée exacte du terme « demande » au par. 5(1.1). Deuxièmement, en analysant les régimes plus spécifiques de la *Loi sur les brevets* et le pouvoir de réglementation du ministre, il est évident que le *Règlement ADC* doit s'appliquer aux personnes qui utilisent l'« invention brevetée », qui ne correspond pas nécessairement à la drogue brevetée ou aux revendications du brevet. BMS n'a aucun brevet relatif au *paclitaxel*, et le simple fait que le *paclitaxel* se trouve dans le produit de Biolyse ne signifie pas que Biolyse a tiré avantage des inventions de BMS dans le but de procéder aux « travaux préalables » d'une copie générique ou d'« emmagasiner » en attendant l'expiration des brevets de BMS. De plus, les termes restrictifs du par. 55.2(4) ne remettent pas en cause l'exigence habituelle selon laquelle le règlement doit entrer dans le cadre du pouvoir de réglementation. Le « sens ordinaire » adopté par la Cour d'appel fédérale en l'espèce laisse entendre que le par. 5(1.1) excède le pouvoir très spécifique qu'accorde le par. 55.2(4). Enfin, l'organisation interne du *Règlement ADC* appuie une interprétation plus stricte. Le mot « demande » figure également au par. 4(1), qui fournit un modèle dont est inspiré le par. 5(1.1), et selon les tribunaux, le par. 4(1) ne s'applique pas à toutes les demandes. Toute autre interprétation du par. 4(1) permettrait à des sociétés innovatrices de passer outre aux délais applicables aux listes de brevets par le simple expédient consistant à apporter des modifications relatives à la société ou des modifications techniques à leur présentation au moyen de ce qu'on appelle un supplément à une PDN. Dans ce contexte, les tribunaux ont conclu qu'une interprétation large et sans réserve du terme « demande » anéantirait l'objectif que vise le règlement. [11] [41-61] [67]

L'interprétation du par. 5(1.1) acceptée par les tribunaux inférieurs conduirait à un résultat absurde. Le « médicament » contenu dans la drogue visée par la liste de brevets n'a pas en soi besoin d'être breveté, ou plutôt, il ne doit rien à l'ingéniosité de la « première » personne. Tant que ce « médicament » apparaît comme un élément, si négligeable soit-il, de la composition chimique de la drogue à laquelle se rattache la liste de brevets, la « deuxième personne » (y compris l'innovateur qui cherche à fabriquer une drogue nouvelle et utile) se verra interdire l'accès au marché en raison du gel légal automatique, et cette interdiction se poursuivra tant que le titulaire du brevet visé par la liste pourra perpétuer son produit en recourant à des améliorations brevetables apportées à d'autres éléments ou ajouts. Cela aurait

at odds with what the regulator was trying to achieve. [66]

Per Major, Bastarache and Charron JJ. (dissenting): The Minister was not entitled to issue the NOC to Biolyse. Where, as here, s. 5 of the *NOC Regulations* applies to a drug manufacturer, a NOC cannot be issued by the Minister under s. 7 unless the manufacturer makes a submission and serves a Notice of Allegation ("NOA") on the originating, innovator manufacturing company, to advise the latter that it is seeking approval of a drug containing a medicine found in the innovator company's already approved drug. [74]

The ordinary and grammatical meaning of s. 5(1.1) is unambiguous and clearly indicates that Biolyse's submission for a NOC falls within the purview of that provision. First, s. 5(1) did not apply to the current situation because Biolyse did not make reference to Taxol for the purpose of demonstrating bioequivalence. Second, Biolyse filed a submission for a NOC and it is settled law that "a submission for a notice of compliance" in s. 5(1.1) includes a NDS and an ANDS, as well as a supplement to either of these submissions. Third, s. 5(1.1) was triggered because Biolyse's Paclitaxel contained the same medicine, employed the same route of administration and had a comparable strength and dosage form as Taxol, a drug already marketed in Canada pursuant to a NOC issued to BMS and in respect of which a patent list had been submitted. The term "medicine" in s. 5(1.1) is not limited to patented medicines. Biolyse therefore had to make an allegation in its submission pursuant to s. 5(1.1)(*b*) and, until it complied, the Minister was prohibited by s. 7(1)(*b*) from issuing a NOC in respect of Paclitaxel for injection. This legislative scheme cannot work without its main tool: the NOA. The ability to circumvent the NOA would render the patent list an empty shell. [107-121]

Furthermore, regarding the broader and external contexts of s. 5(1.1), the *NOC Regulations*, the regulation-making power set out in s. 55.2 of the *Patent Act* and the legislative history of s. 5(1.1), all support the ordinary and grammatical meaning of that provision. This meaning is consistent with the purpose of the *NOC Regulations* and s. 55.2, which is to protect the rights of patent holders. Section 5(1.1) is also a proper exercise of regulatory power conferred under s. 55.2(4) of the Act as it strives to stop a second entry manufacturer from circumventing the *NOC Regulations* by

pour effet d'étouffer la concurrence et l'innovation dans l'industrie pharmaceutique et produirait un résultat contraire à celui recherché par l'autorité de réglementation. [66]

Les juges Major, Bastarache et Charron (dissidents) : Le ministre n'avait pas le droit de délivrer un ADC à Biolyse. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'art. 5 du *Règlement ADC* s'applique à un fabricant de drogues, l'art. 7 interdit au ministre de délivrer un ADC à moins que le fabricant ne présente une demande et ne signifie un avis d'allégation (« ADA ») à la société innovatrice pour informer cette dernière qu'elle cherche à faire approuver une drogue contenant un médicament que l'on trouve dans la drogue déjà approuvée de la société innovatrice. [74]

Le sens ordinaire et grammatical du par. 5(1.1) n'est pas ambigu et indique clairement que la demande d'ADC soumise par Biolyse est visée par cette disposition. Premièrement, le par. 5(1) ne s'appliquait pas en l'espèce parce que Biolyse n'avait pas fait référence au Taxol pour démontrer la bioéquivalence de sa drogue. Deuxièmement, Biolyse a déposé une demande d'ADC et il est acquis qu'« une demande d'avis de conformité » au par. 5(1.1) inclut une PDN et une PADN, ainsi qu'un supplément à l'une ou l'autre de ces présentations. Troisièmement, le par. 5(1.1) s'appliquait parce que la drogue Paclitaxel de Biolyse contient le même médicament et présente la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables à celles de la drogue Taxol, qui est déjà commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un ADC à BMS à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise. Le terme « médicament » au par. 5(1.1) n'est pas restreint aux seuls médicaments brevetés. Biolyse devait par conséquent formuler dans sa demande une allégation fondée sur l'al. 5(1.1)*b*) et, tant qu'elle ne se conformait pas à cette exigence, l'al. 7(1)*b*) interdisait au ministre de délivrer un ADC à l'égard du Paclitaxel pour perfusion. Ce régime législatif ne peut fonctionner sans son principal outil : l'ADA. La faculté de contourner l'ADA ferait de la liste de brevets une coquille vide. [107-121]

En outre, pour ce qui est du contexte plus général et externe du par. 5(1.1), le *Règlement ADC*, le pouvoir de réglementation prévu à l'art. 55.2 de la *Loi sur les brevets* et l'historique législatif du par. 5(1.1) viennent tous appuyer le sens grammatical et ordinaire de cette disposition. Ce sens est compatible avec l'objet du *Règlement ADC* et de l'art. 55.2, soit protéger les droits des titulaires de brevets. Le paragraphe 5(1.1) est également le résultat de l'exercice légitime du pouvoir de réglementation conféré aux termes du par. 55.2(4) de la Loi puisqu'il vise à empêcher le fabricant de

forcing it to address the question of infringement. Lastly, the evolution of s. 5(1.1) demonstrates how the government was active in its efforts to transform and broaden the provision. [152-153] [159]

Section 5(1.1) cannot reasonably be restricted to an ANDS. Such an attempt to restrict the circumstances under which a NOA must be sent cannot possibly be in accordance with the purpose of the *NOC Regulations* and s. 55.2 of the *Patent Act*. Moreover, if s. 5(1.1) required a demonstration of bioequivalence, it would never be invoked because, where a comparison is made to demonstrate bioequivalence, the provisions of s. 5(1) apply. Accordingly, an interpretation that renders a section redundant should be rejected in favour of one that is consistent with s. 5 as a whole. [151] [179]

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; **distinguished:** *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 F.C. 620; **considered:** *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, [2004] 1 S.C.R. 902, 2004 SCC 34; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318, aff'd (2002), 16 C.P.R. (4th) 425, 2002 FCA 32; *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155, 2003 FCA 274; *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232, 2002 FCT 927; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 58, 2004 FC 736; *Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 F.T.R. 21, aff'd (2000), 5 C.P.R. (4th) 138; **referred to:** *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66; *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742, aff'd [1994] 3 S.C.R. 1100; *Imperial Chemical Industries PLC v. Novopharm Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 137; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193; *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250.

By Bastarache J. (dissenting)

Merck & Co. v. Canada (Attorney General) (1999), 176 F.T.R. 21, aff'd (2000), 5 C.P.R. (4th) 138, leave to appeal denied, [2000] 1 S.C.R. xvii; *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 80 C.P.R. (3d) 74; *Syntex (U.S.A.) L.L.C. v. Canada (Minister of Health)*

produits génériques de contourner le *Règlement ADC* en l'obligeant à régler la question de la contrefaçon. Enfin, l'évolution du par. 5(1.1) démontre comment le gouvernement a activement tenté de transformer la disposition et d'en élargir la portée. [152-153] [159]

Le paragraphe 5(1.1) ne peut raisonnablement s'appliquer qu'à la seule PADN. Une telle tentative pour limiter les circonstances dans lesquelles il faut envoyer un ADA ne saurait s'harmoniser avec l'objet du *Règlement ADC* et de l'art. 55.2 de la *Loi sur les brevets*. De plus, si le par. 5(1.1) exigeait une démonstration de la bioéquivalence, il ne serait jamais invoqué puisque, si l'on fait une comparaison dans le but de démontrer la bioéquivalence, les dispositions du par. 5(1) s'appliquent. Par conséquent, il faut rejeter l'interprétation qui rend une disposition redondante au profit de celle qui est compatible avec l'art. 5 dans son ensemble. [151] [179]

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts appliqués : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; **distinction d'avec l'arrêt :** *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 C.F. 620; **arrêts examinés :** *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2004] 1 R.C.S. 902, 2004 CSC 34; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2001] A.C.F. nº 51 (QL), conf. par [2002] A.C.F. nº 96 (QL), 2002 CAF 32; *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2003] A.C.F. nº 982 (QL), 2003 CAF 274; *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2002] A.C.F. nº 1208 (QL), 2002 CFPI 927; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2004] A.C.F. nº 883 (QL), 2004 CF 736; *Merck & Co. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. nº 1825 (QL), conf. par [2000] A.C.F. nº 380 (QL); **arrêts mentionnés :** *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66; *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742, conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100; *Imperial Chemical Industries PLC c. Novopharm Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 137; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193; *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Merck & Co. c. Canada (Procureur général), [1999] A.C.F. nº 1825 (QL), conf. par [2000] A.C.F. nº 380 (QL), autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xvii; *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1998] A.C.F. nº 274 (QL); *Syntex (U.S.A.)*

(2002), 20 C.P.R. (4th) 29, 2002 FCA 289; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Pfizer Canada Inc. v. Minister of National Health and Welfare* (1986), 12 C.P.R. (3d) 438; *Reference re: Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 7* (1999), 3 C.P.R. (4th) 77; *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140, 2003 FCA 24; *Novopharm Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 3 F.C. 50; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *Marche v. Halifax Insurance Co.*, [2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6; *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45, 2002 SCC 76; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78; *R. v. McDonald* (2002), 209 N.S.R. (2d) 283; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724; *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 271; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318, aff'd (2002), 16 C.P.R. (4th) 425, 2002 FCA 32; *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232, 2002 FCT 927; *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155, 2003 FCA 274; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 58, 2004 FC 736; *GlaxoSmithKline Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 38 C.P.R. (4th) 27, 2004 FC 1302; *Gerber Garment Technology Inc. v. Lectra Systems Ltd.*, [1997] R.P.C. 443; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 84 C.P.R. (3d) 492, aff'd (2000), 8 C.P.R. (4th) 48; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193; *Merck Frosst Canada Inc. v. Apotex Inc.*, [1997] 2 F.C. 561; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293; *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129; *R. v. McIntosh*, *L.L.C. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2002] A.C.F. nº 1020 (QL), 2002 CAF 289; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Pfizer Canada Inc. c. Minister of National Health and Welfare* (1986), 12 C.P.R. (3d) 438; *Renvoi concernant une question portant sur l'application de l'art. 7 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133*, [1999] A.C.F. nº 1535 (QL) (*sub nom. Merck & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*); *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140, 2003 CAF 24; *Novopharm Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 3 C.F. 50; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78; *R. c. McDonald* (2002), 209 N.S.R. (2d) 283; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [1999] A.C.F. nº 458 (QL); *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2001] A.C.F. nº 51 (QL), conf. par [2002] A.C.F. nº 96 (QL), 2002 CAF 32; *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2002] A.C.F. nº 1208 (QL), 2002 CFPI 927; *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2003] A.C.F. nº 982 (QL), 2003 CAF 274; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2004] A.C.F. nº 883 (QL), 2004 CF 736; *GlaxoSmithKline Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2004] A.C.F. nº 1578 (QL), 2004 CF 1302; *Gerber Garment Technology Inc. c. Lectra Systems Ltd.*, [1997] R.P.C. 443; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] A.C.F. nº 1882 (QL), conf. par [2000] A.C.F. nº 1028 (QL); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1994] A.C.F. nº 662 (QL); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193; *Merck Frosst Canada Inc. c. Apotex Inc.*, [1997] 2 C.F. 561; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670;

[1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *Degelder Construction Co. v. Dancorp Developments Ltd.*, [1998] 3 S.C.R. 90; *Zeitel v. Ellscheid*, [1994] 2 S.C.R. 142; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588.

Statutes and Regulations Cited

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1.

Food and Drug Regulations, C.R.C. 1978, c. 870 [am. SOR/95-411], ss. C.08.001, C.08.002, C.08.002.1, C.08.003, C.08.004(1).

Food and Drugs Act, R.S.C. 1985, c. F-27.

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 2(1) "enactment", 3(1), 12.

Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 39(4), (5), (14), 54(1), 55, 55.2 [am. 2001, c. 10, s. 2(1)], 60(1), (2), 65, 66.

Patent Act Amendment Act, 1992, S.C. 1993, c. 2.

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133 [am. SOR/99-379], ss. 2 "claim for the medicine itself", "claim for the use of the medicine", "first person", "medicine", "notice of compliance", 3(1), 4(1), (2), (4), (6), 5(1), (1.1), (2), (3), 6, 7, 8, Regulatory Impact Analysis Statement.

Treaties and Other International Instruments

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1869 U.N.T.S. 299 (being Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 1867 U.N.T.S. 3), signed April 15, 1994.

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, Can. T.S. 1994 No. 2, art. 1709(10).

Authors Cited

Barrigar, Robert H. *Canadian Patent Act annotated*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 2004).

R. c. Ulybel Enterprises Ltd., [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. nº 826 (QL); *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *Degelder Construction Co. c. Dancorp Developments Ltd.*, [1998] 3 R.C.S. 90; *Zeitel c. Ellscheid*, [1994] 2 R.C.S. 142; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588.

Lois et règlements cités

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2(1) « texte », 3(1), 12.

Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets, L.C. 1993, ch. 2.

Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. 1985, ch. F-27.

Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 39(4), (5), (14), 54(1), 55, 55.2 [mod. 2001, ch. 10, art. 2(1)], 60(1), (2), 65, 66.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1.

Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C. 1978, ch. 870 [mod. DORS/95-411], art. C.08.001, C.08.002, C.08.002.1, C.08.003, C.08.004(1).

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133 [mod. DORS/99-379], art. 2 « avis de conformité », « médicament », « première personne », « revendication pour le médicament en soi », « revendication pour l'utilisation du médicament », 3(1), 4(1), (2), (4), (6), 5(1), (1.1), (2), (3), 6, 7, 8, Résumé de l'étude d'impact de la réglementation.

Traités et autres instruments internationaux

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, R.T. Can. 1994 nº 2, art. 1709(10).

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 1869 R.T.N.U. 332 (annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 1867 R.T.N.U. 3), signé le 15 avril 1994.

Doctrine citée

Barrigar, Robert H. *Canadian Patent Act annotated*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 2004).

Canada. Health Canada, Therapeutic Products Programme. *Guidance for Industry — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Ottawa: The Department, May 10, 2000.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

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

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.

Garland, Steven B., and Jeremy E. Want. "The Canadian Patent System: An Appropriate Balance Between the Rights of the Public and the Patentee" (1999), 16 *C.I.P.R.* 43.

Grenier, François M., et Catherine Lemay. "Le règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)" (2003), 20 *C.I.P.R.* 51.

Henderson, Gordon F., ed. *Patent Law of Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Hore, Edward. "The Notice of Compliance Regulations Under the Patent Act: The First Two Years" (1995), 12 *C.I.P.R.* 207.

Hughes, Roger T., and John H. Woodley. *Hughes and Woodley on Patents*, loose-leaf ed. Toronto: Butterworths, 1984 (loose-leaf updated October 2004, Issue 60).

Kernochan, John M. "Statutory Interpretation: An Outline of Method" (1976), 3 *Dal. L.J.* 333.

Orlhac, Thierry. "The New Canadian Pharmaceutical Compulsory Licensing Provisions or How to Jump Out of the Frying Pan and Into the Fire" (1990), 6 *C.I.P.R.* 276, www.robic.ca/publications/pdf/167E-TO.pdf.

Smith, Margaret. *Patent Protection for Pharmaceutical Products* (BP-354E). Background Paper. Library of Parliament, Research Branch, Law and Government Division. Ottawa: November 1993.

Smith, Margaret. *Patent Protection for Pharmaceutical Products in Canada — Chronology of Significant Events* (PRB 99-46E). Library of Parliament, Research Branch, Law and Government Division. Ottawa: March 30, 2000.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

Takach, George Francis. *Patents: A Canadian compendium of law and practice*. Edmonton: Juriliber, 1993.

Wilcox, Peter R., and Daphne C. Ripley. "The Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations" (2000), 16 *C.I.P.R.* 429.

Canada. Santé Canada, Programme des produits thérapeutiques. *Ligne directrice à l'intention de l'industrie — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Ottawa : Le Ministère, le 10 mai 2000.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999.

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

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto : Carswell, 1969.

Garland, Steven B., and Jeremy E. Want. « The Canadian Patent System : An Appropriate Balance Between the Rights of the Public and the Patentee » (1999), 16 *R.C.P.I.* 43.

Grenier, François M., et Catherine Lemay. « Le règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) » (2003), 20 *R.C.P.I.* 51.

Henderson, Gordon F., ed. *Patent Law of Canada*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1994.

Hore, Edward. « The Notice of Compliance Regulations Under the Patent Act : The First Two Years » (1995), 12 *R.C.P.I.* 207.

Hughes, Roger T., and John H. Woodley. *Hughes and Woodley on Patents*, loose-leaf ed. Toronto : Butterworths, 1984 (loose-leaf updated October 2004, Issue 60).

Kernochan, John M. « Statutory Interpretation : An Outline of Method » (1976), 3 *Dal. L.J.* 333.

Organisation mondiale du commerce. Rapport du Groupe spécial, « Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques », Plainte des Communautés européennes et de leurs États membres, Doc. OMC WT/DS114/R, le 17 mars 2000.

Orlhac, Thierry. « Les nouvelles dispositions de la *Loi canadienne sur les brevets* en ce qui concerne l'octroi de licences obligatoires dans le domaine pharmaceutique ou Comment tomber de mal en pis » (1990), 6 *R.C.P.I.* 276.

Smith, Margaret. *Les produits pharmaceutiques et la protection accordée par les brevets* (BP-354F). Étude générale. Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, Division du droit et du gouvernement. Ottawa, novembre 1993.

Smith, Margaret. *Protection des brevets pour les produits pharmaceutiques au Canada — Chronologie* (PRB 99-46F). Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, Division du droit et du gouvernement. Ottawa, le 30 mars 2000.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

World Trade Organization. Report of the Panel, Canada — Patent Protection of Pharmaceutical Products, complaint by the European Communities and their member States, WTO Doc. WT/DS114/R, March 17, 2000.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Strayer, Nadon and Evans JJ.A.), [2003] 4 F.C. 505, 226 D.L.R. (4th) 138, 303 N.R. 63, 24 C.P.R. (4th) 417, [2003] F.C.J. No. 566 (QL), 2003 FCA 180, upholding a decision of Blanchard J. (2002), 224 F.T.R. 236, 22 C.P.R. (4th) 345, [2002] F.C.J. No. 1638 (QL), 2002 FCT 1205, granting an application for judicial review and setting aside a notice of compliance issued by the Minister of Health in respect of a drug. Appeal allowed, Major, Bastarache and Charron JJ. dissenting.

Andrew J. Roman, for the appellant.

Anthony G. Creber and *Patrick S. Smith*, for the respondents Bristol-Myers Squibb Company and Bristol-Myers Squibb Canada Inc.

No one appeared for the respondent the Attorney General of Canada.

Written submission only by *Edward Hore*, for the intervener the Canadian Generic Pharmaceutical Association.

John Terry and *Conor McCourt*, for the intervener Pfizer Canada Inc.

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

1 BINNIE J. — Our Court has often spoken of "the balance struck under the *Patent Act*" in which the public gives an inventor the right to prevent anybody else from using his or her invention for a period of 20 years in exchange for disclosure of what has been invented. As a general rule, if the patent holder obtains a monopoly for something which does not fulfil the statutory requirements of novelty, ingenuity and utility, then the public is short-changed. See *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R.

Takach, George Francis. *Patents : A Canadian compendium of law and practice.* Edmonton : Juriliber, 1993.

Wilcox, Peter R., and Daphne C. Ripley. « The Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations » (2000), 16 *R.C.P.I.* 429.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Strayer, Nadon et Evans), [2003] 4 C.F. 505, 226 D.L.R. (4th) 138, 303 N.R. 63, 24 C.P.R. (4th) 417, [2003] A.C.F. nº 566 (QL), 2003 CAF 180, qui a confirmé une décision du juge Blanchard (2002), 224 F.T.R. 236, 22 C.P.R. (4th) 345, [2002] A.C.F. nº 1638 (QL), 2002 CFPI 1205, accueillant une demande de contrôle judiciaire et annulant l'avis de conformité que le ministre de la Santé avait délivré relativement à une drogue. Pourvoi accueilli, les juges Major, Bastarache et Charron sont dissidents.

Andrew J. Roman, pour l'appelante.

Anthony G. Creber et *Patrick S. Smith*, pour les intimées Bristol-Myers Squibb Company et Bristol-Myers Squibb Canada Inc.

Personne n'a companu pour l'intimé le procureur général du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Edward Hore*, pour l'intervenante l'Association canadienne du médicament générique.

John Terry et *Conor McCourt*, pour l'intervenante Pfizer Canada Inc.

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

LE JUGE BINNIE — Notre Cour a souvent parlé de « l'équilibre établi par la *Loi sur les brevets* » par lequel le public donne à un inventeur le droit d'empêcher quiconque d'utiliser son invention pendant une période de 20 ans en échange de la divulgation de l'invention. En règle générale, si le breveté obtient un monopole pour une chose qui ne répond pas aux exigences de nouveauté, d'ingéniosité et d'utilité prévues par la loi, alors le public se fait rouler. Voir *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S.

1067, 2000 SCC 67, and *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66.

In the present appeal, the Court is required to consider this "balance" in the much-litigated field of patented medicines, where Parliament is concerned not only with the balance between inventors and potential users, but between the protection of intellectual property on the one hand and, on the other hand, the desire to reduce health care costs while being fair to those whose ingenuity brought the drugs into existence in the first place.

The drug in dispute contains a cancer-fighting medicine called *paclitaxel*. *Paclitaxel* was discovered by the National Cancer Institute in the United States, not the respondents Bristol-Myers Squibb Company and Bristol-Myers Squibb Canada Inc. (collectively "BMS"), but BMS has three subsisting patents related to its formulation and administration. The appellant, Biolyse Pharma Corporation ("Biolyse"), argues that the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 ("*NOC Regulations*"), must be taken to refer to *patented* medicines, and points out that BMS can have no patent on *paclitaxel* itself. There is an unchallenged finding of fact by the motions judge that approval of the Biolyse product was not based on bioequivalence with the BMS product, but on its own clinical studies and "what was known to scientists in the public realm about paclitaxel" ((2002), 224 F.T.R. 236, 2002 FCT 1205, at para. 40 (emphasis added)).

Nevertheless, BMS says that a literal application of the words in s. 5(1.1) of the *NOC Regulations* entitles it to the statutory injunction under s. 7 to keep a Biolyse product containing *paclitaxel* off the market despite the clear indication that an application of s. 5(1.1) would put the *NOC Regulations* in conflict with the terms of the regulation-making power under which they were issued. BMS contends that under the *NOC Regulations* the mere presence of the public domain medicine *paclitaxel* in the

1067, 2000 CSC 67, et *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66.

2 Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à examiner cet « équilibre » dans le domaine très litigieux qu'est celui des médicaments brevetés, alors que le Parlement se soucie non seulement de l'équilibre entre les inventeurs et les utilisateurs potentiels, mais également de l'équilibre entre la protection de la propriété intellectuelle, d'une part, et d'autre part, la volonté de réduire le coût des soins de santé tout en traitant de façon équitable les personnes qui, par leur ingéniosité, ont permis aux drogues de voir le jour.

3 La drogue en litige contient un médicament contre le cancer appelé *paclitaxel*. Le *paclitaxel* a été découvert aux États-Unis par le National Cancer Institute et non par les intimées Bristol-Myers Squibb Company et Bristol-Myers Squibb Canada Inc. (appelées collectivement « BMS »), mais cette dernière est titulaire de trois brevets relatifs à sa formulation et à son administration. L'appelante Biolyse Pharma Corporation (« Biolyse ») soutient que le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (« *Règlement ADC* ») doit être interprété comme s'appliquant aux médicaments *brevetés* et signale que BMS ne peut détenir de brevet sur le *paclitaxel* en soi. Le juge des requêtes a tiré une conclusion de fait non contestée selon laquelle l'approbation du produit de Biolyse reposait non pas sur sa bioéquivalence avec le produit de BMS, mais sur les propres études cliniques de Biolyse et « sur les connaissances scientifiques relatives au paclitaxel qui faisaient partie du domaine public » ([2002] A.C.F. nº 1638 (QL), 2002 CFPI 1205, par. 40 (je souligne)).

4 Cependant, BMS affirme qu'une interprétation littérale du libellé du par. 5(1.1) du *Règlement ADC* lui donne droit à l'injonction prévue à l'art. 7 pour empêcher Biolyse de mettre en marché un produit contenant du *paclitaxel*, malgré l'indication claire que si le par. 5(1.1) devait s'appliquer, le *Règlement ADC* irait à l'encontre de la disposition législative autorisant la prise de ce règlement. BMS prétend que, en vertu du *Règlement ADC*, la simple présence du médicament *paclitaxel*, qui fait partie du

Biolyse formulation is enough. (Although there are other similarities between the Biolyse product and the BMS product, the only common component relevant to the *NOC Regulations* is the medicine *paclitaxel*.) The Federal Court of Appeal accepted this argument but in my opinion, with respect, it erred in doing so ([2003] 4 F.C. 505, 2003 FCA 180). An interpretation of the *NOC Regulations* that confers on BMS a monopoly merely by demonstrating the presence of a public domain medicine like *paclitaxel* in its product provides no value to the public in exchange for the monopoly BMS seeks. When the *NOC Regulations* are considered in their proper context, and in particular in light of the wording of s. 55.2(4) of the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, that authorized them, the *NOC Regulations* do not have the sweeping effect contended for by BMS. I would therefore allow the appeal.

I. Introduction

5 Before addressing the specific issues raised by the appeal, it is useful to set out the regulatory context in which the dispute arises.

A. *Innovator Drug Companies and Generic Drug Companies*

6 Over the years, Canada has developed a major sector of "generic drug" manufacturers described as companies that generally manufacture and distribute "drugs which were researched, developed and first brought to market by 'innovator' companies" (*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.), at p. 751, aff'd [1994] 3 S.C.R. 1100). They produce what is sometimes known in the trade as "copy-cat" drugs.

7 The success of the generic drug manufacturers has been a source of grievance to owners of patents for pharmaceutical medicines, who view monopoly profits conferred by patents as essential to recoup the cost of their research program as well as to earn a profit on their investment. Generic drug manufacturers, who generally do not have significant research costs in relation to a drug first brought to

domaine public, dans la formulation du produit de Biolyse suffit. (Malgré d'autres ressemblances entre le produit de Biolyse et celui de BMS, le seul élément commun pertinent pour l'application du *Règlement ADC* est le médicament *paclitaxel*.) La Cour d'appel fédérale a retenu cet argument, mais, en toute déférence, j'estime qu'elle a eu tort ([2003] 4 C.F. 505, 2003 CAF 180). Une interprétation du *Règlement ADC* qui confère un monopole à BMS du simple fait qu'elle a établi que son produit contient un médicament comme le *paclitaxel*, qui appartient au domaine public, n'apporte rien au public en échange du monopole auquel aspire BMS. Si on l'examine dans le contexte qui lui est propre et, en particulier, à la lumière du libellé du par. 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4, qui l'autorise, le *Règlement ADC* n'a pas la vaste portée que lui prête BMS. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

I. Introduction

Avant d'aborder les questions particulières que pose le présent pourvoi, il est utile d'établir le contexte réglementaire dans lequel le litige s'inscrit.

A. *Sociétés pharmaceutiques de produits innovateurs et sociétés pharmaceutiques de produits génériques*

Au fil des ans, le Canada est devenu un joueur important du secteur des « produits génériques » dans lequel les fabricants sont généralement décrits comme des sociétés qui fabriquent et distribuent des « drogues qui ont été conçues, élaborées et lancées sur le marché par des sociétés "innovatrices" » (*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.), p. 751, conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100). Ces sociétés produisent ce que l'on appelle parfois dans le commerce des « copies » de médicaments.

Le succès des fabricants de produits génériques a été une source de mécontentement pour les propriétaires de brevets de produits pharmaceutiques qui estiment que les profits du monopole conféré par les brevets sont essentiels au recouvrement du coût de leur programme de recherche ainsi qu'à la rentabilisation de leur investissement. Les fabricants de produits génériques, dont les frais de recherches liés à

market by an innovator company, need only turn a profit on their manufacturing and distribution facilities. Generic drugs can therefore be sold at a discount to "brand name" products in the market place, at considerable savings to the public and at considerable cost to the profits of the innovator drug companies.

Until 1993 the Minister of Health was not directly concerned with patent issues. Indeed, Parliament's policy since 1923 had been to favour health cost savings over the protection of intellectual property by making available to generic manufacturers a scheme of compulsory licencing of an "invention intended or capable of being used for medicine or for the preparation or production of medicine" under s. 39(4) of the *Patent Act*. The compulsory licencing scheme gathered momentum after 1969 when it was extended to imported drugs. A compulsory licence could invariably be obtained from the Commissioner of Patents, and a notice of compliance ("NOC") from the Minister of Health, providing the generic manufacturer could establish pharmaceutical equivalence of its product with the innovator drug ("the Canadian reference product"). In determining the terms of the licence and amount of royalty payable, the Commissioner of Patents was required to "have regard to the desirability of making the medicine available to the public at the lowest possible price consistent with giving to the patentee due reward for the research leading to the invention and for such other factors as may be prescribed" (s. 39(5)). The royalty payable to the patent owner was generally fixed at 4 percent to 5 percent of the net selling price of the drug in posological form, or 15 percent of the net selling price of the drug in bulk (T. Orlhac, "The New Canadian Pharmaceutical Compulsory Licensing Provisions on How to Jump Out of the Frying Pan and Into the Fire" (1990), 6 *C.I.P.R.* 276; G. F. Takach, *Patents: A Canadian compendium of law and practice* (1993), at p. 119; and see *Imperial Chemical Industries PLC v. Novopharm Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 137 (F.C.A.), at pp. 139-40). Linking licence fees to the cost of the "research leading to the invention" did not cover the cost of

une drogue introduite sur le marché par une société innovatrice sont généralement peu élevés, n'ont que leurs unités de production et de distribution à rentabiliser. Les produits génériques peuvent donc être vendus sur le marché à prix moindre que les produits « d'origine », ce qui se traduit par des économies importantes pour le public et par un manque à gagner important pour les sociétés pharmaceutiques innovatrices.

8 Jusqu'en 1993, le ministre de la Santé n'était pas directement touché par les questions de brevet. En effet, depuis 1923, le Parlement avait comme politique de favoriser les économies dans le secteur des soins de santé au détriment de la protection de la propriété intellectuelle en rendant accessible aux fabricants de produits génériques, en vertu du par. 39(4) de la *Loi sur les brevets*, un régime de licence obligatoire à l'égard des brevets portant sur une « invention destinée à des médicaments ou à la préparation ou à la production de médicaments, ou susceptible d'être utilisée à de telles fins ». Le régime de licence obligatoire a gagné du terrain après 1969, lorsqu'il a été appliqué aux drogues importées. Un fabricant de produits génériques pouvait invariablement obtenir du commissaire aux brevets une licence obligatoire et, du ministre de la Santé, un avis de conformité (« ADC »), pourvu qu'il puisse établir l'équivalence pharmaceutique de son produit avec la nouvelle drogue (« le produit de référence canadien »). En arrêtant les conditions de la licence et en fixant le montant de la redevance à payer, le commissaire aux brevets devait « [tenir] compte de l'opportunité de rendre les médicaments accessibles au public au plus bas prix possible tout en accordant au breveté une juste rémunération pour les recherches qui ont conduit à l'invention et pour les autres facteurs qui peuvent êtres prescrits » (par. 39(5)). La redevance payable au breveté était en général fixée à un taux variant entre 4 et 5 pour 100 du prix de vente net du médicament sous forme posologique, ou à 15 pour 100 du prix de vente net du médicament en vrac (T. Orlhac, « Les nouvelles dispositions de la *Loi canadienne sur les brevets* en ce qui concerne l'octroi de licences obligatoires dans le domaine pharmaceutique ou Comment tomber de mal en pis » (1990), 6 *R.C.P.I.* 276; G. F. Takach, *Patents : A Canadian compendium of law and*

massive research programs required by the innovators to produce the few "winners" from the many false starts and failed research projects that never came to market.

9 Section 39(14) of the *Patent Act* simply required the Commissioner of Patents to notify the Department of National Health and Welfare of all compulsory licence applications.

10 In a reversal of policy, Parliament in 1993 repealed the compulsory licence provisions of the *Patent Act* by what became known as Bill C-91 (S.C. 1993, c. 2) and extinguished all compulsory licences issued on or after December 20, 1991. In part, these changes flowed from international obligations accepted by Canada under the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, 1869 U.N.T.S. 299 ("TRIPS"). More immediately, perhaps, it was thought that Canada's compulsory licensing system would be declared incompatible with Canada's obligations under the *North American Free Trade Agreement*, Can. T.S. 1994 No. 2, in particular art. 1709(10), signed at the end of 1992.

11 However, having agreed to respect the 20-year monopoly granted by patents, Parliament wished to facilitate the entry of competition immediately thereafter. It acted to eliminate the usual regulatory lag of two years or more after expiry of a patent for the generic manufacturer to do the work necessary to obtain a NOC. Parliament did so by introducing an exemption from the owner's patent rights under which the generic manufacturers could work the patented invention within the 20-year period ("the early working exception") to the extent necessary to obtain a NOC at the time the patent(s) expired (s. 55.2(1)) and to "stockpile" generic product towards

practice (1993), p. 119; et voir *Imperial Chemical Industries PLC c. Novopharm Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 137 (C.A.F.), p. 139-140). En établissant un lien entre les redevances et les « recherches qui ont conduit à l'invention », on ne tenait pas compte du coût de la masse de programmes de recherches que les innovateurs doivent mener avant d'obtenir, sur la quantité de faux départs et de projets infructueux qui n'aboutissent jamais sur le marché, quelques rares « gagnants ».

Le paragraphe 39(14) de la *Loi sur les brevets* obligeait simplement le commissaire des brevets à aviser le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social de toutes les demandes de licence obligatoire.

En 1993, le Parlement a fait volte-face et a abrogé les dispositions de la *Loi sur les brevets* relatives aux licences obligatoires en adoptant ce que l'on a appelé le projet de loi C-91 (L.C. 1993, ch. 2), et en annulant toutes les licences obligatoires octroyées le 20 décembre 1991 ou par la suite. Ces modifications découlaient notamment des obligations internationales assumées par le Canada dans le cadre d'un accord international, l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 1869 R.T.N.U. 332 (« ADPIC »). Il est possible qu'à plus court terme, on ait pensé que le régime canadien de licences obligatoires serait jugé incompatible avec les obligations incombant au Canada en vertu de l'*Accord de libre-échange nord-américain*, R.T. Can. 1994 n° 2, signé à la fin de 1992, en particulier avec son par. 1709(10).

Toutefois, après avoir consenti à respecter le monopole de 20 ans conféré par les brevets, le Parlement a aussitôt souhaité faciliter l'arrivée de la concurrence. Il a fait en sorte d'éliminer le délai réglementaire minimal de deux ans ou plus dont le fabricant de produits génériques avait habituellement besoin après l'expiration d'un brevet pour obtenir un ADC. Le Parlement y est parvenu en introduisant une exception relative aux droits des titulaires de brevets grâce à laquelle les fabricants de produits génériques pouvaient fabriquer l'invention brevetée avant l'expiration du brevet (« l'exception relative aux travaux préalables ») dans la mesure

the end of the 20-year period to await lawful market entry (s. 55.2(2)). In order to prevent abuse of the "early working" and "stockpiling" exceptions to patent protection, the government enacted the *NOC Regulations* that are at issue in this appeal.

The patent owner's remedies under the *NOC Regulations* are *in addition to* all of the usual remedies for patent infringement under the *Patent Act.*

B. *The Regulatory Approval Procedure*

The *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1985, c. F-27, sets up a regulatory structure to ensure that before drugs are allowed on the Canadian market they meet rigorous health and safety requirements. Regulatory approval culminates in the issuance of a NOC by the Minister on the advice of his officials in the Therapeutic Products Program ("TPP") of the federal Department of Health.

The *Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870 ("*FDA Regulations*"), and departmental policies require drug manufacturers to submit different types of new drug submission for different purposes. The two principal forms of submission are the New Drug Submission ("NDS"), filed by an innovative drug manufacturer for a new drug product, and the Abbreviated New Drug Submission, filed by a generic manufacturer that claims its product is the "pharmaceutical equivalent" of a previously approved "Canadian reference product" (s. C.08.002.1(1)(*a*)).

A pharmaceutical company proposing to market a new drug in Canada must include in its NDS a description of the benefits claimed, the adverse reactions experienced, the chemical composition of the ingredients and the methods of manufacture and purification in sufficient detail to enable the

nécessaire pour obtenir un ADC dès l'expiration du brevet (par. 55.2(1)) et pour « emmagasiner » des produits génériques vers la fin de la période de 20 ans en attendant qu'ils entrent légalement sur le marché (par. 55.2(2)). Afin de prévenir le recours abusif aux exceptions de « travaux préalables » et d'« emmagasinage » en matière de protection de brevet, le gouvernement a pris le *Règlement ADC*, en cause dans le présent pourvoi.

12 Les recours que le breveté peut exercer aux termes du *Règlement ADC s'ajoutent* à tous ceux dont il dispose habituellement en cas de contrefaçon de brevets en vertu de la *Loi sur les brevets.*

B. *La procédure d'approbation réglementaire*

13 La *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, ch. F-27, met en place un cadre réglementaire qui permet de s'assurer que les exigences rigoureuses en matière de santé et de sécurité soient respectées avant que les drogues ne puissent être commercialisées au Canada. La procédure d'approbation réglementaire aboutit à un ADC que délivre le ministre suivant les conseils de ses fonctionnaires du Programme des produits thérapeutiques (« PPT ») du ministère fédéral de la Santé.

14 Selon le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C. 1978, ch. 870, et les politiques ministérielles, les fabricants de produits pharmaceutiques doivent soumettre différents types de présentations de drogue nouvelle à des fins différentes. Les deux principales formes de présentation sont la Présentation de drogue nouvelle, déposée par un fabricant de produits d'origine à l'égard d'un nouveau produit pharmaceutique, et la Présentation abrégée de drogue nouvelle, déposée par un fabricant de produits génériques qui allègue que son produit est l'« équivalent pharmaceutique » d'un « produit de référence canadien » déjà approuvé (al. C.08.002.1(1)*a*)).

15 Une société pharmaceutique qui entend commercialiser une drogue nouvelle au Canada doit indiquer dans sa PDN les qualités qu'on lui attribue, les effets indésirables éprouvés, la composition chimique de ses ingrédients et les procédés de fabrication et de purification et ce, de manière

Minister to assess the safety and effectiveness of the new drug as therein specified. The Minister and his departmental officials then proceed to examine the material, possibly require further studies, pose questions, and generally conduct a wide-ranging inquiry, all of which may consume several years.

16 A "new drug" is defined in s. C.08.001 of the *FDA Regulations* as a drug which contains a substance which "has not been sold as a drug in Canada for sufficient time and in sufficient quantity to establish in Canada the safety and effectiveness of that substance for use as a drug".

17 Eventually the Minister, if so satisfied, "shall" issue a NOC (s. C.08.004(1)). The Minister must also be satisfied with the proposed arrangements of manufacture, quality control and so forth (s. C.08.002). The new drug may then go to market.

18 The health issues and patent issues are now linked because the Minister is prohibited from issuing a NOC even if satisfied of the safety and efficacy of a drug until potential patent issues are addressed under the *NOC Regulations* (s. 7(1)).

C. *The NOC Regulations*

19 Under the *NOC Regulations*, a patent owner may submit to the Minister a patent list in respect of any drug that contains a "medicine", defined in s. 2 of the *NOC Regulations* as

> a substance intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof.

(The party filing the patent list is called the "first person".) *Paclitaxel* is a medicine. As stated, it was given to the public domain by the U.S. National Cancer Institute.

suffisamment détaillée pour permettre au ministre d'évaluer l'innocuité et l'efficacité de la drogue nouvelle en fonction de ce qu'indique la PDN. Par la suite, le ministre et ses fonctionnaires examinent les documents, exigent éventuellement d'autres études, posent des questions et se livrent généralement à une enquête approfondie, ce qui peut prendre en tout plusieurs années.

Selon l'art. C.08.001 du *Règlement sur les aliments et drogues*, l'expression « drogue nouvelle » s'entend d'une drogue qui renferme une substance qui « n'a pas été vendue comme drogue au Canada pendant assez longtemps et en quantité suffisante pour établir, au Canada, l'innocuité et l'efficacité de ladite substance employée comme drogue ».

En définitive, s'il est satisfait, le ministre « doit » délivrer un ADC (par. C.08.004(1)). Le ministre doit aussi être satisfait des procédés prévus pour la fabrication, le contrôle de la qualité, etc. (art. C.08.002). La drogue nouvelle peut alors être commercialisée.

Les questions relatives à la santé et celles relatives au brevet sont maintenant interreliées puisqu'il est interdit au ministre de délivrer l'ADC, même s'il est convaincu de l'innocuité et de l'efficacité d'une drogue, tant que les éventuelles questions de brevet n'ont pas été examinées au regard du *Règlement ADC* (par. 7(1)).

C. *Le Règlement ADC*

En vertu du *Règlement ADC*, le titulaire de brevet peut soumettre au ministre une liste de brevets à l'égard d'une drogue qui contient un « médicament », défini comme suit à l'art. 2 du *Règlement ADC* :

> Substance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal, ou de leurs symptômes.

(La partie qui dépose la liste de brevets est appelée la « première personne ».) Le *paclitaxel* est un médicament. Comme je l'ai indiqué, il a été donné au domaine public par le National Cancer Institute des États-Unis.

If another manufacturer subsequently applies for a NOC for the same drug, this "second person" has two options.

(i) It may state in its application that it accepts that the NOC will not issue until the patent(s) expires *or*

(ii) it may allege that by reference to a number of listed grounds, the patent list filed by the "first" person provides no obstacle because, contrary to the assertions in the patent list, the first person is not in fact the owner or exclusive licensee in Canada of the drug, or that the patent(s) have expired, are invalid, or that the applicant would not infringe any claim "for the medicine itself and no claim for the use of the medicine" (s. 5(1)(*b*)).

The *NOC Regulations* do not use the term "generic manufacturer", but a manufacturer that obtains a NOC on the basis of pharmaceutical equivalence to a "Canadian reference product" can conveniently be called by that name.

Generally speaking, the "second person" intends to manufacture and distribute a "copy-cat" version of the active medicinal ingredient. If it copies the approved product, it can rely on the safety and efficacy data and the clinical studies submitted by the "innovator" first person. Such reliance reduces the amount of required supporting data and the approval time, and the shortened submission is therefore known as an Abbreviated New Drug Submission ("ANDS").

The innovator that filed the patent list may, within 45 days after being served with a Notice of Allegation, apply to the Federal Court for an order prohibiting the Minister from issuing a NOC until all of the listed patents have expired. Commencement of the application for prohibition automatically triggers a 24-month statutory freeze that stops the Minister from issuing a NOC unless within that period the prohibition application is finally disposed

Si, par la suite, un autre fabricant soumet une demande d'ADC à l'égard de la même drogue, cette « deuxième personne » a deux possibilités. 20

(i) Elle peut déclarer dans sa demande qu'elle accepte que l'ADC ne soit pas délivré avant l'expiration du brevet; *ou*

(ii) elle peut alléguer que, au regard d'un certain nombre de motifs énumérés, la liste de brevets soumise par la « première » personne ne présente aucun obstacle parce que, contrairement aux affirmations qui y sont contenues, la première personne n'est pas en fait le propriétaire de la drogue ou le titulaire exclusif d'une licence au Canada s'y rapportant, que le brevet est expiré, qu'il est invalide ou que le demandeur ne contreferait « aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament » (al. 5(1)*b*)).

Le *Règlement ADC* n'emploie pas l'expression « fabricant de produits génériques », mais il est possible de désigner ainsi, pas souci de simplicité, le fabricant qui obtient un ADC en raison d'une équivalence pharmaceutique avec un « produit de référence canadien ». 21

De façon générale, la « deuxième personne » entend fabriquer et distribuer une « copie » du médicament actif. Si elle copie le produit approuvé, elle peut s'appuyer sur les données relatives à son innocuité et à son efficacité et sur les études cliniques soumises par la première personne « innovatrice ». Ces emprunts réduisent la quantité de données justificatives nécessaires et le délai d'approbation, d'où le fait que la demande écourtée est connue sous le nom de Présentation abrégée de drogue nouvelle (« PADN »). 22

La société innovatrice qui a soumis une liste de brevets peut, dans les 45 jours suivant la signification d'un avis d'allégation, demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un ADC avant l'expiration de tous les brevets énumérés sur la liste. L'introduction de la demande d'interdiction déclenche automatiquement un gel légal de 24 mois qui empêche le ministre de délivrer un ADC à moins que le tribunal ne rende, 23

of by the court (see ss. 7(1)(*e*) and 7(4) of the *NOC Regulations*). In practice the prohibition proceedings can easily drag on beyond the initial 24-month period.

24 It is important to note that under this procedure, the court hearing the prohibition application has no discretion to lift the stay even if it thinks the innovator's case for interim relief is weak. Nor does the court have a discretion to leave the contending parties to their remedies under the *Patent Act*. The "second person"'s application for a NOC simply goes into deep-freeze until the statutory procedures have played themselves out. For these reasons, Iacobucci J. described the regime as "draconian" in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193, at para. 33.

II. Facts

25 By 1970, the National Cancer Institute had discovered that the bark of the Pacific yew (*taxus brevifolia*) possessed anticarcinogenic properties. Research was carried forward funded by the U.S. government and in 1971 the active component (*paclitaxel*) was isolated. Because it was sourced in a slow-growing bush that died when stripped of its bark, there was concern that manufacturers would not be able to obtain sufficient quantities of the raw material for large-scale pharmaceutical production. Nevertheless, by 1979 the National Cancer Institute had not only identified the mechanism of *paclitaxel*'s therapeutic action as an antitumour drug, but further screening identified some highly desirable uses, particularly for the treatment of refractory ovarian cancer.

26 BMS was brought into the picture by the U.S. National Cancer Institute to undertake clinical trials of *paclitaxel* in the 1980s. This work eventually earned BMS a number of Canadian patents, none of which cover *paclitaxel* itself (being a medicine

à l'égard de la demande d'interdiction, une décision définitive avant l'expiration de cette période (voir l'al. 7(1)*e*) et le par. 7(4) du *Règlement ADC*). En pratique, la procédure d'interdiction peut facilement excéder la période initiale de 24 mois.

Il importe de signaler que, dans le cadre de cette procédure, le tribunal saisi de la demande d'interdiction n'a aucun pouvoir discrétionnaire lui permettant de lever la suspension, même s'il estime faibles les arguments sur lesquels se fonde la demande de mesures provisoires de la société innovatrice. Le tribunal n'a pas non plus le pouvoir discrétionnaire de renvoyer les parties opposées aux recours prévus par la *Loi sur les brevets*. La demande d'ADC soumise par la « deuxième personne » est simplement reléguée aux oubliettes jusqu'à ce que la procédure réglementaire ait connu son dénouement. Pour ces motifs, le juge Iacobucci a qualifié ce régime de « draconien » dans l'arrêt *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193, par. 33.

II. Les faits

Déjà en 1970, le National Cancer Institute avait découvert que l'écorce de l'if de l'Ouest (*taxus brevifolia*) possédait des propriétés anticancérogènes. Les recherches se sont poursuivies grâce au financement du gouvernement américain et, en 1971, l'élément actif (*paclitaxel*) a été isolé. Comme le *paclitaxel* provient d'un arbuste à croissance lente qui meurt lorsqu'il est dépouillé de son écorce, on craignait que les fabricants ne puissent se procurer la matière première en quantité suffisante pour une production pharmaceutique à grande échelle. Or, dès 1979, non seulement le National Cancer Institute avait découvert le mécanisme d'action thérapeutique du *paclitaxel* en tant que drogue antitumorale, mais des examens plus poussés avaient permis de découvrir certaines utilisations très souhaitables, en particulier pour le traitement du cancer ovarien réfractaire.

Dans les années 1980, le National Cancer Institute des États-Unis a fait appel aux sociétés BMS intimées pour procéder à des essais cliniques du *paclitaxel*. Ces travaux ont valu à BMS un certain nombre de brevets canadiens, mais aucun ne vise le

put into the public domain by the National Cancer Institute). As stated, the BMS patents cover new and useful formulations and methods of administration, and its product Taxol is presently approved for the treatment of breast, ovarian and non-small-cell lung cancer.

The abstracts appearing in the Patent Register with respect to Taxol state in part as follows:

Patent 2,086,874

Paclitaxel dosages of about 135 mg/m^2 or greater are administered via infusions of less than 6 hours duration; the method makes it possible to provide paclitaxel infusions on an out-patient basis to patients who do not otherwise require hospitalization. . . .

Patent 2,132,936

A stabilized pharmaceutical composition containing paclitaxel, teniposide, camptothecin or other antineoplastic agent susceptible to degradation during storage is produced using a solvent system containing a low carboxylate anion content. . . .

(Canadian Intellectual Property Office, Canadian Patents Database, CA 2086874 and CA 2132936)

It is thus claimed in these patents that the inventions render the product more stable, and it will not degrade as easily, thereby extending its shelf life. These patents expire in 2013 and 2014 respectively. The third patent abstract reads as follows:

Patent 2,189,916

This invention provides for novel dose regimen of paclitaxel to treat Kaposi's sarcoma.

(Canadian Intellectual Property Office, Canadian Patents Database, CA 2189916)

It is common ground that Biolyse's product is not tested or approved for treatment of Kaposi's sarcoma. The Biolyse product is directed towards breast and lung cancer.

paclitaxel en soi (s'agissant d'un médicament versé dans le domaine public par le National Cancer Institute). Comme je l'ai dit, les brevets de BMS portent sur des formulations et des modes d'administration nouveaux et utiles, et son produit Taxol est actuellement approuvé pour le traitement du cancer du sein, du cancer de l'ovaire et du cancer du poumon non à petites cellules.

Les abrégés figurant au registre des brevets à l'égard de la drogue Taxol énoncent en partie ce qui suit : 27

Brevet 2 086 874

[TRADUCTION] Doses de paclitaxel d'environ 135 mg/m^2 ou plus, administrées en perfusion d'une durée inférieure à 6 heures; la méthode rend possible les perfusions de paclitaxel en clinique externe aux patients qui n'ont pas par ailleurs besoin d'être hospitalisés. . .

Brevet 2 132 936

[TRADUCTION] Une composition pharmaceutique stabilisée contenant du paclitaxel, du téniposide, de la camptothécine ou un autre agent antinéoplasique pouvant se dégrader durant son entreposage est produite à l'aide d'un système de solvants ayant une faible teneur en ion carboxylate. . .

(Office de la propriété intellectuelle du Canada, Base de données sur les brevets canadiens, CA 2086874 et CA 2132936)

On revendique ainsi dans ces brevets que les inventions rendent le produit plus stable et moins facilement dégradable, prolongeant de ce fait sa durée. Ces brevets expirent en 2013 et en 2014 respectivement. L'abrégé figurant dans le troisième brevet est rédigé de la façon suivante :

Brevet 2 189 916

[TRADUCTION] La présente invention prévoit l'administration de paclitaxel selon un nouveau schéma posologique dans le traitement du sarcome de Kaposi.

(Office de la propriété intellectuelle du Canada, Base de données sur les brevets canadiens, CA 2189916)

Il est admis que le produit de Biolyse n'est pas testé ni approuvé pour le traitement du sarcome de Kaposi. Le produit de Biolyse vise le traitement des cancers du sein et du poumon.

28 In the 1980s, Biolyse became interested in the National Cancer Institute work on *paclitaxel* and, recognizing the supply shortage problem, it began research on alternative sources of *paclitaxel*. Biolyse eventually claimed that *paclitaxel* could be extracted from the needles and small regrowth branches of a different species of yew, the *taxus canadensis*. The advantage was that harvesting from *taxus canadensis* does not kill the host tree. Biolyse still uses its naturally sourced *paclitaxel*, while the BMS product uses a synthetic chemical compound.

29 Biolyse also formed the opinion that *paclitaxel* was not only useful for treatment of refractory ovarian cancer (which was the use identified by the respondent BMS in its initial NDS to the Department of Health), but could also be useful in the treatment of non-small-cell lung cancer and forms of breast cancer. The officials at the Department of Health were concerned about the different botanical source of *paclitaxel*, and the claim of Biolyse for new and different uses for the medicine. The Department of Health therefore required independent clinical studies to be performed. In short, the officials at TPP regarded the Biolyse product as a substance which "has not been sold as a drug in Canada for sufficient time and in sufficient quantity to establish in Canada [its] safety and effectiveness" (emphasis added), and was therefore a "new drug" within the meaning of s. C.08.001 of the *FDA Regulations*.

30 The TPP advised Biolyse in 1999 that its application must be submitted as a NDS and not an ANDS because the different botanical source and additional medical claims prevented any reliance on BMS' Taxol as a "Canadian reference product". The TPP examiner, Dr. Agnes Klein, wrote Biolyse as follows:

> Based on the limited information that you have provided, I would like to make the following comments:
>
> 1- The submission you are proposing will be considered a NDS, rather than a ANDS.

Dans les années 1980, Biolyse s'est intéressée aux travaux réalisés par le National Cancer Institute sur le *paclitaxel* et, constatant le problème d'approvisionnement, elle a entrepris des recherches sur les autres sources de *paclitaxel*. Biolyse a par la suite soutenu que le *paclitaxel* pouvait être extrait des aiguilles et des brindilles d'une autre espèce d'if, le *taxus canadensis*. L'avantage était que les cueillettes effectuées sur le *taxus canadensis* ne tuent pas l'arbre hôte. Biolyse utilise encore son *paclitaxel* d'origine naturelle alors que le produit de BMS fait appel à un composé synthétique.

Biolyse a aussi conclu que le *paclitaxel* était non seulement utile pour le traitement du cancer ovarien réfractaire (l'utilisation indiquée par l'intimée BMS dans sa PDN initiale au ministère de la Santé), mais qu'il pouvait aussi servir dans le traitement du cancer du poumon non à petites cellules et de certaines formes de cancer du sein. Les fonctionnaires du ministère de la Santé s'inquiétaient de l'origine biologique différente du *paclitaxel* et de la revendication de Biolyse relative à des utilisations nouvelles et différentes du médicament. Le ministère de la Santé a alors exigé qu'il soit procédé à des essais cliniques indépendants. Bref, les fonctionnaires du PPT ont estimé que le produit de Biolyse était une substance qui « n'avait pas été vendue comme drogue au Canada pendant assez longtemps et en quantité suffisante pour établir, au Canada, [son] innocuité et [son] efficacité » (je souligne) et qu'il s'agissait donc d'une « drogue nouvelle » au sens de l'art. C.08.001 du *Règlement sur les aliments et drogues*.

En 1999, le PPT a avisé Biolyse que sa demande devait prendre la forme d'une PDN et non d'une PADN parce que l'origine biologique différente et les autres revendications relatives aux vertus médicales de son produit l'empêchaient de recourir au Taxol de BMS au titre de « produit canadien de référence ». L'examinatrice du PPT, la D^re^ Agnes Klein, a écrit ceci à Biolyse :

> [TRADUCTION] Compte tenu du peu de renseignements que vous avez fournis, je tiens à formuler les commentaires suivants :
>
> 1- La demande que vous soumettez sera examinée comme une PDN et non comme une PADN.

2- You have a number of studies that will form the core of the clinical part of your submission. In addition, you should provide data from the public domain and link this information to the broader safety and efficacy of the product.

3- Please ensure that your Product Monograph for your Paclitaxel for injection reflects the general knowledge on the drug as well as your own data. [Emphasis added.]

The Minister agreed with Dr. Klein's view that the Biolyse product could not be considered a copy-cat generic product. In the Minister's opinion, the Biolyse product was an "innovator" drug that required a NDS. It could not piggyback on the BMS work by using BMS Taxol as a "Canadian reference product" by way of an ANDS. The Attorney General of Canada intervened in support of Biolyse in the courts below but took no active part in the appeal to this Court.

In due course, the Minister of Health approved the safety and efficacy of the Biolyse product as a new drug and issued Biolyse a NOC on September 20, 2001 for the treatment of advanced breast cancer and non-small-cell lung cancer.

III. Relevant Statutory Provisions

Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4

55.2 (1) It is not an infringement of a patent for any person to make, construct, use or sell the patented invention solely for uses reasonably related to the development and submission of information required under any law of Canada, a province or a country other than Canada that regulates the manufacture, construction, use or sale of any product.

. . .

(4) The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1), including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

(*a*) respecting the conditions that must be fulfilled before a notice, certificate, permit or other document

2- Un certain nombre d'études formeront l'essentiel de la partie clinique de votre demande. Vous devriez de plus présenter des données provenant du domaine public et établir un lien entre ces renseignements et l'innocuité et l'efficacité générales du produit.

3- Veuillez vous assurer que la monographie de votre produit Paclitaxel pour perfusion reflète les connaissances générales sur la drogue ainsi que vos propres données. [Je souligne.]

31 Le ministre a souscrit à l'opinion de la D^re^ Klein selon qui le produit de Biolyse ne pouvait être considéré comme une « copie » ou un produit générique. À son avis, le produit de Biolyse était une drogue « nouvelle » qui nécessitait une PDN. Biolyse ne pouvait tirer profit des travaux de BMS en utilisant le Taxol de cette dernière au titre de « produit canadien de référence » dans le cadre d'une PADN. Le procureur général du Canada est intervenu en faveur de Biolyse devant les tribunaux inférieurs, mais il n'a pris aucune part active au pourvoi formé devant cette Cour.

32 En temps voulu, le ministre de la Santé a approuvé l'innocuité et l'efficacité du produit de Biolyse en tant que drogue nouvelle et, le 20 septembre 2001, il a délivré à Biolyse un ADC pour le traitement du cancer avancé du sein et du cancer du poumon non à petites cellules.

III. Dispositions législatives pertinentes

33 *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4

55.2 (1) Il n'y a pas contrefaçon de brevet lorsque l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d'information qu'oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente d'un produit.

. . .

(4) Afin d'empêcher la contrefaçon d'un brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens du paragraphe (1), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment :

a) fixant des conditions complémentaires nécessaires à la délivrance, en vertu de lois fédérales

concerning any product to which a patent may relate may be issued to a patentee or other person under any Act of Parliament that regulates the manufacture, construction, use or sale of that product, in addition to any conditions provided for by or under that Act;

(*b*) respecting the earliest date on which a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (*a*) that is issued or to be issued to a person other than the patentee may take effect and respecting the manner in which that date is to be determined;

(*c*) governing the resolution of disputes between a patentee or former patentee and any person who applies for a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (*a*) as to the date on which that notice, certificate, permit or other document may be issued or take effect;

(*d*) conferring rights of action in any court of competent jurisdiction with respect to any disputes referred to in paragraph (*c*) and respecting the remedies that may be sought in the court, the procedure of the court in the matter and the decisions and orders it may make; and

(*e*) generally governing the issue of a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (*a*) in circumstances where the issue of that notice, certificate, permit or other document might result directly or indirectly in the infringement of a patent.

(5) In the event of any inconsistency or conflict between

(*a*) this section or any regulations made under this section, and

(*b*) any Act of Parliament or any regulations made thereunder,

this section or the regulations made under this section shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict.

régissant l'exploitation, la fabrication, la construction ou la vente de produits sur lesquels porte un brevet, d'avis, de certificats, de permis ou de tout autre titre à quiconque n'est pas le breveté;

b) concernant la première date, et la manière de la fixer, à laquelle un titre visé à l'alinéa *a*) peut être délivré à quelqu'un qui n'est pas le breveté et à laquelle elle peut prendre effet;

c) concernant le règlement des litiges entre le breveté, ou l'ancien titulaire du brevet, et le demandeur d'un titre visé à l'alinéa *a*), quant à la date à laquelle le titre en question peut être délivré ou prendre effet;

d) conférant des droits d'action devant tout tribunal compétent concernant les litiges visés à l'alinéa *c*), les conclusions qui peuvent être recherchées, la procédure devant ce tribunal et les décisions qui peuvent être rendues;

e) sur toute autre mesure concernant la délivrance d'un titre visé à l'alinéa *a*) lorsque celle-ci peut avoir pour effet la contrefaçon de brevet.

(5) Une disposition réglementaire prise sous le régime du présent article prévaut sur toute disposition législative ou réglementaire fédérale divergente.

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, as amended by SOR/99-379

5. (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and compares that drug with, or makes reference to, another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, modifié par DORS/99-379

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue et la compare, ou fait référence, à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard

list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

(*a*) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(*b*) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(*c*) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

5. (1.1) Subject to subsection (1.2), where subsection (1) does not apply and where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine found in another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent included on the register in respect of the other drug containing the medicine, where the drug has the same route of administration and a comparable strength and dosage form,

(*a*) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(*b*) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(*c*) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

IV. Analysis

As always, the facts are important. BMS sought to quash the NOC issued to Biolyse on the basis that its issuance depended on the Minister's

de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue :

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne sera pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas :

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)*c*) est fausse,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

5. (1.1) Sous réserve du paragraphe (1.2), lorsque le paragraphe (1) ne s'applique pas, la personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament que l'on trouve dans une autre drogue qui a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un avis de conformité à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre visant cette autre drogue contenant ce médicament, lorsque celle-ci présente la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables :

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne soit pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas :

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)*c*) est fausse,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

IV. Analyse

Comme toujours, les faits sont importants. BMS a sollicité l'annulation de l'ADC délivré à Biolyse au motif que sa délivrance était subordonnée à la 34

finding that the Biolyse product was "bioequivalent" to the BMS product. It was therefore a "copy-cat" drug which s. 5(1) of the *NOC Regulations* required the Minister to put into the statutory freeze. The BMS position was rejected both by the Minister and by the motions judge. It is useful to quote the language of the motions judge:

> Biolyse did not compare its drug or make reference to another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence. Biolyse did not apply for a declaration of equivalence nor was one granted.
>
> On the evidence, the Biolyse submission contains clinical studies on sick patients; specifically those with advanced breast cancer unresponsive to usual treatments and those with locally advanced non-small-cell lung cancer. The safety and efficacy of the Biolyse product assessment was based on those studies and on what was known to scientists in the public realm about paclitaxel. This is consistent with the usual procedure for a NDS. [Emphasis added; paras. 39-40.]

This finding was not challenged by BMS in the Federal Court of Appeal (para. 15). We must therefore proceed on the basis that the Biolyse product was properly treated as an innovator drug rather than a copy-cat drug.

35 The motions judge went on to rule that Biolyse was nevertheless caught by s. 5(1.1) of the *NOC Regulations* because both the Biolyse product and the BMS product contain *paclitaxel*, even though neither BMS nor Biolyse have any patent claim to *paclitaxel*, which, as stated, was put into the public domain by the U.S. government supported National Cancer Institute.

36 We therefore come to the legal issue that lies at the heart of this appeal, namely the conflicting interpretations of s. 5(1.1) of the *NOC Regulations*. On the question of interpretation, the Minister's opinion is not entitled to deference. The Federal Court quite properly said that the standard of review on that point is correctness.

conclusion du ministre portant que le produit de Biolyse était « bioéquivalent » au produit de BMS. Il s'agissait donc d'une « copie » d'une drogue assujettie au gel légal imposé par le ministre comme l'exige le par. 5(1) du *Règlement ADC*. La position de BMS a été rejetée tant par le ministre que par le juge des requêtes. Il est utile de citer les propos du juge des requêtes :

> Biolyse n'a pas comparé sa drogue ou fait référence à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence. Biolyse n'a pas présenté de demande en vue d'obtenir une déclaration de bioéquivalence et aucune n'a été accordée.
>
> Il ressort de l'ensemble de la preuve que la PDN de Biolyse renferme des études cliniques sur des patients malades et plus précisément sur des femmes atteintes de cancer du sein avancé ne répondant pas aux traitements habituels et sur des personnes souffrant de cancer avancé du poumon « non à petites cellules ». L'évaluation de l'innocuité et de l'efficacité du produit de Biolyse était fondée sur les études en question et sur les connaissances scientifiques relatives au paclitaxel qui faisaient partie du domaine public. Cette façon de procéder était conforme à la procédure habituellement suivie dans le cas d'une PDN. [Je souligne; par. 39-40.]

BMS n'a pas contesté cette conclusion devant la Cour d'appel fédérale (par. 15). Nous devons donc procéder à l'analyse en tenant pour acquis que le produit de Biolyse a été considéré à juste titre comme une drogue nouvelle plutôt que comme une copie d'une drogue.

Le juge des requêtes a ensuite conclu que Biolyse était néanmoins visée par le par. 5(1.1) du *Règlement ADC* parce que son produit et celui de BMS contiennent du *paclitaxel*, même si ni BMS ni Biolyse n'ont revendiqué un brevet visant le *paclitaxel* qui, comme je l'ai dit, a été versé dans le domaine public par le National Cancer Institute avec l'appui du gouvernement américain.

Nous arrivons donc à la question de droit qui est au cœur du présent pourvoi, à savoir celle des interprétations divergentes du par. 5(1.1) du *Règlement ADC*. En matière d'interprétation, la retenue judiciaire ne s'applique pas à l'opinion du ministre. La Cour fédérale a à juste titre affirmé que la norme de contrôle applicable en la matière était celle de la décision correcte.

BMS argues that once it is established that *paclitaxel* is present in the Biolyse product, s. 5(1.1) bars the issuance of a NOC. Biolyse responds that the BMS approach is too simplistic. Biolyse invokes the modern approach to statutory interpretation, which it says is equally applicable to regulations, as set out in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27. In that case, the Ontario *Employment Standards Act* provided for termination pay and severance pay for workers where their employment was terminated by an employer. Rizzo Shoes went bankrupt. The trustee disallowed the workers' claims because their jobs had been terminated by the bankruptcy, not by the employer. The Ontario courts agreed with the trustee. This Court reversed, Iacobucci J. observing as follows:

At the heart of this conflict is an issue of statutory interpretation. Consistent with the findings of the Court of Appeal, the plain meaning of the words of the provisions here in question appears to restrict the obligation to pay termination and severance pay to those employers who have actively terminated the employment of their employees. At first blush, bankruptcy does not fit comfortably into this interpretation. However, with respect, I believe this analysis is incomplete.

. . . Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:

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

. . .

Although the Court of Appeal looked to the plain meaning of the specific provisions in question in the present case, with respect, I believe that the court did not pay sufficient attention to the scheme of the *ESA*, its object or the intention of the legislature; nor was the context of the words in issue appropriately recognized. I now

37

BMS soutient que, dès qu'il est établi que le *paclitaxel* est présent dans le produit de Biolyse, le par. 5(1.1) interdit la délivrance d'un ADC. Biolyse répond que la position de BMS est trop simpliste. Biolyse invoque la méthode moderne d'interprétation des lois laquelle, affirme-t-elle, s'applique également aux règlements, comme l'indique l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27. Dans cette affaire, la *Loi sur les normes d'emploi* de l'Ontario prévoyait le versement aux employés d'indemnités de licenciement et de cessation d'emploi en cas de licenciement par l'employeur. La société Rizzo Shoes a fait faillite. Le syndic a rejeté les réclamations des employés parce que la cessation d'emploi résultait de la faillite et non de la volonté de l'employeur. Les tribunaux ontariens ont souscrit à l'opinion du syndic. Notre Cour a infirmé ces décisions et le juge Iacobucci a fait observer ce qui suit :

Une question d'interprétation législative est au centre du présent litige. Selon les conclusions de la Cour d'appel, le sens ordinaire des mots utilisés dans les dispositions en cause paraît limiter l'obligation de verser une indemnité de licenciement et une indemnité de cessation d'emploi aux employeurs qui ont effectivement licencié leurs employés. À première vue, la faillite ne semble pas cadrer très bien avec cette interprétation. Toutefois, en toute déférence, je crois que cette analyse est incomplète.

. . . Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2e éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie. Il reconnaît que l'interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. À la p. 87, il dit :

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

. . .

Bien que la Cour d'appel ait examiné le sens ordinaire des dispositions en question dans le présent pourvoi, en toute déférence, je crois que la cour n'a pas accordé suffisamment d'attention à l'économie de la *LNE*, à son objet ni à l'intention du législateur; le contexte des mots en cause n'a pas non plus été pris en compte adéquatement.

turn to a discussion of these issues. [Emphasis added; paras. 20, 21 and 23.]

38 The same edition of Driedger adds that in the case of regulations, attention must be paid to the terms of the enabling statute:

> It is not enough to ascertain the meaning of a regulation when read in light of its own object and the facts surrounding its making; it is also necessary to read the words conferring the power in the whole context of the authorizing statute. The intent of the statute transcends and governs the intent of the regulation.

(Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 247)

This point is significant. The scope of the regulation is constrained by its enabling legislation. Thus, one cannot simply interpret a regulation the same way one would a statutory provision. In this case, the distinction is crucial, for when viewed in that light the impugned regulation cannot take on the meaning suggested by BMS. Moreover, while the respondents' argument draws some support from the language of s. 5(1.1) isolated from its context, it overlooks a number of significant aspects of the "modern approach".

A. *The Grammatical and Ordinary Sense of the Words*

39 For ease of reference, I repeat the triggering words of s. 5(1.1) of the *NOC Regulations*:

> **5.** (1.1) Subject to subsection (1.2), where subsection (1) does not apply and where a person files or has filed a *submission* for a notice of compliance in respect of a drug that contains a *medicine* found in another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent included on the register in respect of the other drug containing the medicine, where the drug has the same route of administration and a comparable strength and dosage form,
>
> (*a*) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

Je passe maintenant à l'analyse de ces questions. [Je souligne; par. 20, 21 et 23.]

Dans la même édition, Driedger ajoute qu'il faut porter attention, dans le cas d'un règlement, au libellé de la loi habilitante :

> [TRADUCTION] Il ne suffit pas de déterminer le sens d'un règlement en l'interprétant au regard de son propre objet et des circonstances dans lesquelles il a été pris; il faut aussi interpréter les termes conférant les pouvoirs dans le contexte global de la loi habilitante. L'objet de la loi transcende et régit l'objet du règlement.

(Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 247)

Ce point est important. La portée du règlement est restreinte par le texte législatif qui l'habilite. Ainsi, on ne peut simplement interpréter un règlement de la même façon que l'on interprète une disposition d'une loi. En l'espèce, la distinction est cruciale puisque, lorsqu'on l'envisage sous cet angle, la disposition réglementaire attaquée ne peut avoir le sens que BMS lui attribue. En outre, alors que l'argument des intimées prend appui dans une certaine mesure sur le libellé du par. 5(1.1) isolé de son contexte, il néglige de nombreux aspects importants de la « méthode moderne ».

A. *Le sens ordinaire et grammatical des mots*

Par souci de commodité, je répète les termes qui déclenchent l'application du par. 5(1.1) du *Règlement ADC* :

> **5.** (1.1) Sous réserve du paragraphe (1.2), lorsque le paragraphe (1) ne s'applique pas, la personne qui dépose ou a déposé une *demande* d'avis de conformité pour une drogue contenant un *médicament* que l'on trouve dans une autre drogue qui a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un avis de conformité à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre visant cette autre drogue contenant ce médicament, lorsque celle-ci présente la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables :
>
> *a*) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne soit pas délivré avant l'expiration du brevet;

(*b*) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(*c*) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

The word "submission" provides the gateway into s. 5(1.1) but the term is not defined in the *NOC Regulations.*

BMS argues that "submission" must include *any* submission including a NDS for an innovator drug. Using this interpretation, s. 5(1.1) would apply, even if the common component is an old medicine like aspirin used in a minor amount. The BMS drug Taxol contains *paclitaxel. Paclitaxel* is clearly a medicine. BMS has filed a patent list in relation to its formulation of Taxol. The Biolyse drug also contains *paclitaxel.* It is administered by the same route (injection) and is in "comparable strength and dosage form". Therefore BMS argues that the statutory freeze should apply irrespective of what role, if any, BMS played in the discovery of *paclitaxel.*

Biolyse contends that not all "submissions" to the Minister are caught by s. 5(1.1), and on this point it is supported by the intervener Pfizer Canada Inc., itself an innovator drug company. Pfizer argues that s. 5(1.1) does not apply to certain types of submissions (in its case Supplementary New Drug Submissions ("SNDS")) which are outside the policy objective s. 5(1.1) was intended to implement. Biolyse agrees that s. 5(1.1) should be construed by reference to the policy objective, and in particular that it should not apply to an innovator drug NDS (as the motions judge found its

b) soit une allégation portant que, selon le cas :

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)*c*) est fausse,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

Le mot « demande » enclenche l'application du par. 5(1.1) mais n'est pas défini dans le *Règlement ADC.* 40

BMS soutient que le mot « demande » s'entend de *toute* demande, y compris une PDN relative à une drogue nouvelle. Selon cette interprétation, le par. 5(1.1) s'appliquerait même si l'élément commun est un vieux médicament comme l'aspirine utilisé en faible quantité. La drogue Taxol de BMS contient du *paclitaxel.* De toute évidence, le *paclitaxel* est un médicament. BMS a soumis une liste de brevets relativement à la formulation de son produit Taxol. La drogue de Biolyse contient aussi du *paclitaxel.* Elle présente la même voie d'administration (injection) et « une forme posologique et une concentration comparables ». Par conséquent, BMS allègue qu'il y aurait lieu d'appliquer le gel légal peu importe le rôle joué par BMS, le cas échéant, dans la découverte du *paclitaxel.* 41

Biolyse prétend que les « demandes » soumises au ministre ne sont pas toutes visées par le par. 5(1.1) et, sur ce point, elle reçoit l'appui de l'intervenante Pfizer Canada Inc., elle-même une société pharmaceutique innovatrice. Pfizer soutient que le par. 5(1.1) ne s'applique pas à certains types de demandes (dans son cas, les suppléments aux PDN), qui échappent à l'objectif de la politique que le par. 5(1.1) était destiné à mettre en œuvre. Biolyse convient que le par. 5(1.1) devrait être interprété en fonction de l'objectif de la politique et, plus particulièrement, qu'il ne devrait 42

product had correctly been classified by the Minister) but only to submissions for generic "copy-cat" drugs which use a "Canadian reference product" and are applied for under an ANDS.

43 While at first blush the word "submission" would appear to be all inclusive, this Court held in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, that

> one must consider the "entire context" of a provision before one can determine if it is reasonably capable of multiple interpretations. . . .
>
> . . . It is necessary, in every case, for the court charged with interpreting a provision to undertake the contextual and purposive approach set out by Driedger, and thereafter to determine if "the words are ambiguous enough to induce two people to spend good money in backing two opposing views as to their meaning" . . . . [Emphasis added; paras. 29-30.]

44 It is therefore necessary to suspend judgment on the precise scope of the word "submission" in s. 5(1.1) and turn to other elements of the Driedger approach. As Professor J. M. Kernochan puts it: "The precise words which are in issue in relation to the facts must be weighed in the light of successive circles of context" ("Statutory Interpretation: An Outline of Method" (1976), 3 *Dal. L.J.* 333, at pp. 348-49).

B. *The General Context*

45 This Court has accepted the view that Parliament enacted Bill C-91 "with the intent of thwarting the possible appropriation by generic drug companies, such as Apotex, of the research and development initiatives of innovators, such as Merck" (*Apotex v. Canada (Attorney General), per* Robertson J.A., at p. 752 (emphasis added), whose reasons were substantially adopted by this Court at [1994] 3 S.C.R. 1100).

pas s'appliquer à une PDN relative à une drogue nouvelle (le juge des requêtes a conclu que le ministre avait à bon droit classé le produit de Biolyse dans cette catégorie), mais seulement aux demandes relatives aux « copies » ou produits génériques qui utilisent un « produit canadien de référence » et que l'on demande en déposant une présentation abrégée de drogue nouvelle.

Si, à première vue, le terme « demande » pourrait sembler englober toute demande, notre Cour a affirmé ce qui suit dans l'arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42 :

> Il est cependant nécessaire de tenir compte du « contexte global » de la disposition pour pouvoir déterminer si elle est raisonnablement susceptible de multiples interprétations. . .
>
> . . . Il est donc nécessaire, dans chaque cas, que le tribunal appelé à interpréter une disposition législative se livre à l'analyse contextuelle et téléologique énoncée par Driedger, puis se demande si [TRADUCTION] « le texte est suffisamment ambigu pour inciter deux personnes à dépenser des sommes considérables pour faire valoir deux interprétations divergentes » . . . [Je souligne; par. 29-30.]

Il est donc nécessaire de réserver notre jugement sur la portée exacte du terme « demande » au par. 5(1.1) et d'examiner d'autres éléments de la méthode préconisée par Driedger. Comme le dit le professeur J. M. Kernochan : [TRADUCTION] « Les termes précis qui sont en litige eu égard aux faits doivent être appréciés d'après des cercles contextuels successifs » (« Statutory Interpretation : An Outline of Method » (1976), 3 *Dal. L.J.* 333, p. 348-349).

B. *Le contexte général*

La Cour a fait sienne l'opinion selon laquelle le législateur a adopté le projet de loi C-91 « afin d'empêcher les sociétés pharmaceutiques de produits génériques, comme Apotex, de s'approprier les résultats de la recherche et des découvertes de sociétés innovatrices, comme Merck » (*Apotex c. Canada (Procureur général)*, le juge Robertson, p. 752 (je souligne), dont cette Cour a retenu intégralement les motifs à [1994] 3 R.C.S. 1100).

The Regulatory Impact Analysis Statement, which accompanied but did not form part of the *NOC Regulations*, confirms that this was the intention of the regulator. It says that following the abolition of the compulsory licensing system, the government enacted the *NOC Regulations* in order to protect the right of patentees by preventing generic manufacturers from marketing their products until the expiry of all relevant patents (*Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 F.T.R. 21, at para. 51). The relevant portion of the Regulatory Impact Analysis Statement reads:

> . . . As a general rule, judicial remedies are sufficient to address patent infringement. However, with the enactment of Bill C-91 the government has created an exception to patent infringement allowing generic competitors to undertake any activities necessary to work up a submission to obtain regulatory approval of a product. This removes a patent right that may have otherwise been available to patentees to prevent generic competitors from obtaining such regulatory approval of their products.
>
> These Regulations are needed to ensure this new exception to patent infringement is not abused by generic drug applicants seeking to sell their product in Canada during the term of their competitor's patent while nonetheless allowing generic competitors to undertake the regulatory approval work necessary to ensure they are in a position to market their products immediately after the expiry of any relevant patents. [Emphasis added.]

(Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/93-133, *Canada Gazette*, Part II, vol. 127, No. 6, at p. 1388)

In *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250, a case concerning the interpretation of the *Federal Child Support Guidelines*, Bastarache J., writing for the Court, notes, at para. 35, that "[p]roper statutory interpretation principles . . . require that all evidence of legislative intent be considered, provided that it is relevant and reliable." It seems clear that the *NOC Regulations* were introduced to help generic drug companies and at the same time curb potential patent abuse by them. This was confirmed by Canada's submissions to the World Trade Organization ("WTO"), whose decision on this point was relied on by BMS in this appeal. The European-based patent owners

46 Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, qui accompagnait le *Règlement ADC* sans toutefois en faire partie, confirme que telle était l'intention de l'autorité de réglementation. D'après ce résumé, à la suite de l'abolition du régime de licence obligatoire, le gouvernement a pris le *Règlement ADC* afin de protéger les droits des brevetés en empêchant les fabricants de produits génériques de commercialiser leur produit jusqu'à l'expiration de tous les brevets en cause (*Merck & Co. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. nº 1825 (QL), par. 51). Le passage suivant du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation est pertinent :

> . . . En règle générale, les recours judiciaires suffisent pour régler les cas de contrefaçon. Toutefois, avec l'adoption du projet de loi C-91, le gouvernement fait une exception dans ce domaine en permettant aux fabricants de médicaments génériques d'entreprendre les démarches nécessaires pour obtenir l'approbation réglementaire d'un produit. Par conséquent, le titulaire d'un brevet perd un droit dont il aurait pu se prévaloir pour empêcher ses concurrents de faire approuver leurs produits.
>
> Le présent règlement est nécessaire si on veut éviter que cette nouvelle exception en matière de contrefaçon soit mal utilisée par les fabricants de produits génériques désireux de vendre leurs produits au Canada pendant que le brevet original est encore valide. En vertu du règlement, ces fabricants peuvent toutefois entreprendre les démarches nécessaires pour obtenir l'approbation réglementaire et ainsi commercialiser leurs produits dès que les brevets pertinents arrivent à expiration. [Je souligne.]

(Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/93-133, *Gazette du Canada*, partie II, vol. 127, nº 6, p. 1388)

47 Dans *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250, une affaire concernant l'interprétation des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, le juge Bastarache, s'exprimant au nom de la Cour, signale au par. 35 que « [l]es principes applicables d'interprétation des lois exigent [. . .] que tous les éléments de preuve relatifs à l'intention du législateur soient pris en considération, à condition qu'ils soient pertinents et fiables. » Il semble évident que le *Règlement ADC* a été pris pour aider les fabricants de produits génériques et, par la même occasion, pour freiner l'exploitation potentiellement abusive de brevets, ce que confirment les

brought a complaint against Canada at the WTO that the exceptions in s. 55.2 of the *Patent Act* and the *NOC Regulations* violated their Canadian patent rights and the TRIPS agreement. This complaint was rejected: WTO, Report of the Panel "Canada — Patent Protection of Pharmaceutical Products", Complaint by the European Communities and their member States, WTO Doc. WT/DS114/R, March 17, 2000. In effect, the WTO accepted Canada's argument that Bill C-91 achieved a fair compromise between important social interests in health (represented by cheaper generic drugs) balanced against the interests of patentees. Canada argued that, while patent owners were entitled to enjoy a monopoly for the 20-year period of the patent, they had no entitlement to the regulatory time lag *after* expiry of the relevant patents in order to extend the term of the monopoly by a further period of years. (The WTO panel upheld a related complaint that in this respect Canada had discriminated unfairly by singling out pharmaceutical patents for exceptional treatment.)

48 Canada's explanation to the WTO of the purpose of Bill C-91, set out in the WTO report, included the following statements about generic manufacturers:

> . . . the current legislation decisively strengthened patent protection by not only eliminating compulsory licensing but also providing a summary procedure for preventing patent infringement, under which the Minister of Health might be prohibited from issuing marketing approval for a new generic drug during the term of any applicable patent. [p. 40]

> The use of generic medicines resulted in important economies for the public health care system, and so contributed to its viability and the protection of public health. [p. 26]

observations présentées par le Canada à l'Organisation mondiale du commerce (« OMC »), dont la décision à cet égard a été invoquée par BMS dans le présent pourvoi. Les titulaires de brevets européens ont déposé une plainte contre le Canada devant l'OMC au motif que les exceptions prévues à l'art. 55.2 de la *Loi sur les brevets* et au Règlement ADC enfreignaient les droits que leur conféraient leurs brevets canadiens et l'ADPIC. Cette plainte a été rejetée : OMC, Rapport du Groupe spécial, « Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques », plainte des Communautés européennes et de leurs États membres, Doc. OMC WT/DS114/R, 17 mars 2000. En effet, l'OMC a retenu l'argument du Canada voulant que le projet de loi C-91 ait établi un compromis équitable entre les importants intérêts sociaux en matière de santé (que représentent des produits génériques plus abordables) et les intérêts des brevetés. Le Canada a soutenu que si les titulaires de brevets pouvaient jouir d'un monopole pendant les vingt ans de validité du brevet, ils n'avaient nullement le droit de profiter du délai réglementaire *après* l'expiration des brevets en cause pour prolonger ce monopole de quelques années. (Le Groupe spécial de l'OMC a confirmé, dans le cadre d'une plainte connexe, qu'à cet égard, le Canada avait injustement fait preuve de discrimination en accordant un traitement exceptionnel aux titulaires de brevets pharmaceutiques.)

Les explications fournies par le Canada à l'OMC au regard de l'objet du projet de loi C-91, exposées dans le rapport de l'OMC, comprenaient les déclarations suivantes au sujet des fabricants de produits génériques :

> . . . la législation maintenant en vigueur renforçait nettement la protection conférée par les brevets non seulement en éliminant les licences obligatoires mais aussi en instituant pour empêcher les contrefaçons de brevet une procédure sommaire en vertu de laquelle le Ministre de la santé pourrait se voir interdire de délivrer une approbation de commercialisation d'un nouveau médicament générique pendant la période de validité de tout brevet pertinent. [p. 48]

> L'utilisation de médicaments génériques se traduisait pour le système public de soins de santé par d'importantes économies et contribuait ainsi à sa viabilité et à la protection de la santé publique. [p. 32]

The legitimacy of measures to promote the use of generic drug products as means of protecting public health was endorsed by the World Health Organization (WHO). [p. 27]

Thus, society at large and individual and institutional consumers of the health care system had an undeniably legitimate, indeed essential, interest in assuring the availability of competitively priced generic medicines as soon after patent expiry as possible. [p. 27]

. . . The extension of market exclusivity which was lost because generic manufacturers were permitted to make regulatory submissions during the term was of course a post [patent]-expiry phenomenon. [p. 23]

(Emphasis added.)

La légitimité des mesures visant à promouvoir le recours à des médicaments génériques pour protéger la santé publique a été confirmée par l'Organisation mondiale de la santé (OMS). [p. 32]

Donc, la société en général et les consommateurs individuels et institutionnels de soins de santé avaient un intérêt incontestablement légitime, et même essentiel, à veiller à ce que des médicaments génériques soient accessibles à des prix compétitifs dès que possible après l'expiration du brevet. [p. 32]

. . . La prolongation de la période d'exclusivité commerciale perdue parce que des fabricants de génériques ont été autorisés à produire un dossier d'information réglementaire pendant la durée du brevet se situait bien entendu après l'expiration de celui-ci. [p. 27]

(Je souligne.)

From this general context, we move more specifically to the scheme of the *Patent Act* and the *NOC Regulations*. 49

Je passe de ce contexte général à l'examen plus particulier de l'économie de la *Loi sur les brevets* et du *Règlement ADC*.

C. *The Regulation-Making Power of the Patent Act*

C. *Le pouvoir de réglementation prévu à la Loi sur les brevets*

Recognizing that the "early working" and "stockpiling" exceptions could be abused, Parliament balanced creation of these exceptions with creation of a summary procedure designed to strengthen the hand of patent owners against generic competitors *within* the 20-year patent period. This carrot and stick combination is found in s. 55.2 of the *Patent Act* as follows: 50

Reconnaissant que les exceptions relatives aux « travaux préalables » et à « l'emmagasinage » pouvaient faire l'objet d'abus, le Parlement a établi un équilibre en créant une procédure sommaire destinée à renforcer la position des brevetés face à leurs concurrents fabricants de produits génériques *pendant* la période de 20 ans de validité du brevet. Cette combinaison incitative est établie comme suit à l'art. 55.2 de la *Loi sur les brevets* :

55.2 (1) It is not an infringement of a patent for any person to make, construct, use or sell the patented invention solely for uses reasonably related to the development and submission of information required under any law of Canada, a province or a country other than Canada that regulates the manufacture, construction, use or sale of any product. [The "early working" exception.]

(2) It is not an infringement of a patent for any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1) to make, construct or use the invention, during the applicable period provided for by the regulations, for the manufacture and storage of articles intended for sale after the date on which the term of the patent expires. [The "stockpiling" exception.]

55.2 (1) Il n'y a pas contrefaçon de brevet lorsque l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d'information qu'oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente d'un produit. [L'exception relative aux « travaux préalables ».]

(2) Il n'y a pas contrefaçon de brevet si l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée, au sens du paragraphe (1), a lieu dans la période prévue par règlement et qu'elle a pour but la production et l'emmagasinage d'articles déterminés destinés à être vendus après la date d'expiration du brevet. [L'exception relative à l'« emmagasinage ».]

(3) The Governor in Council may make regulations for the purposes of subsection (2), but any period provided for by the regulations must terminate immediately preceding the date on which the term of the patent expires.

(4) The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses, or sells a patented invention in accordance with subsection (1) or (2) including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

(*a*) respecting the conditions that must be fulfilled before a notice [e.g. of compliance] . . . may be issued . . .;

(*b*) respecting the earliest date on which a notice [e.g. of compliance] . . . may take effect . . .;

(*c*) governing the resolution of disputes between a patentee or former patentee and any person who applies for a notice [e.g. of compliance] . . . as to the date on which that notice . . . may be issued or take effect.

51 It is convenient at this stage to emphasize a number of features of this regulation-making power.

52 Firstly, the regulations are to be directed to persons who are making use of the "patented invention". As pointed out by this Court in *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, [2004] 1 S.C.R. 902, 2004 SCC 34, the patented *invention* is not necessarily coextensive with the patent *claims*. The distinction was critical in that case to the issue of remedy. While farmer Schmeiser had used the patented *product* (Roundup Ready Canola seed), he had not taken advantage of the patented *invention* (its herbicide resistant property) because he had not sprayed his crop with Roundup. The Court thus rejected Monsanto's claim to Schmeiser's profits from his canola crop.

> The difficulty with the trial judge's award is that it does not identify any causal connection between the profits the appellants were found to have earned through growing Roundup Ready Canola and the invention. On the facts found, the appellants made no profits as a result of the invention. [Emphasis in original; para. 103.]

(3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre les mesures nécessaires à l'application du paragraphe (2) étant entendu que toute période ainsi prévue doit se terminer à la date qui précède immédiatement celle où expire le brevet.

(4) Afin d'empêcher la contrefaçon de brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens des paragraphes (1) ou (2), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment :

a) fixant des conditions complémentaires nécessaires à la délivrance [. . .] d'avis [p. ex. de conformité] . . .;

b) concernant la première date [. . .] à laquelle un titre [p. ex. un avis de conformité] [. . .] peut prendre effet;

c) concernant le règlement des litiges entre le breveté, ou l'ancien titulaire du brevet, et le demandeur d'un titre [p. ex. un avis de conformité] [. . .], quant à la date à laquelle le titre en question peut être délivré ou prendre effet.

Il convient à cette étape de souligner quelques-unes des caractéristiques de ce pouvoir de réglementation.

Premièrement, le règlement doit s'appliquer aux personnes qui utilisent l'« invention brevetée ». Ainsi que la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2004] 1 R.C.S. 902, 2004 CSC 34, l'*invention* brevetée ne correspond pas nécessairement aux *revendications* du brevet. Dans cette affaire, cette distinction était cruciale pour la question de la réparation. S'il est vrai que l'agriculteur, M. Schmeiser, avait utilisé le *produit* breveté (des graines de canola Roundup Ready), il n'avait tiré aucun avantage de l'*invention* brevetée (sa résistance à l'herbicide) parce qu'il n'avait pas pulvérisé de Roundup sur ses cultures. La Cour a ainsi débouté Monsanto de sa prétention aux profits que Schmeiser avait tirés de sa récolte de canola :

> Le problème est que, en ordonnant la remise des profits, le juge de première instance n'a fait état d'aucun lien de causalité entre l'invention et les profits que, selon lui, les appelants ont tirés de la culture de canola Roundup Ready. D'après les faits constatés, les appelants n'ont réalisé aucun profit dû à l'invention. [Souligné dans l'original; par. 103.]

The use of the expression "patented *invention*" in s. 55.2 is therefore an important clue to the scope of the regulations it authorizes to be made. BMS did not invent or discover *paclitaxel.*

L'emploi de l'expression « *invention* brevetée » à l'art. 55.2 est donc un indice important de la portée des règlements que cette disposition autorise à prendre. BMS n'a pas inventé ni découvert le *paclitaxel.*

Secondly, it is not every use of the patented invention that will trigger the *NOC Regulations.* Section 55.2(4) is specifically directed to preventing infringement by persons who use "the patented invention" for the "early working" exception and the "stockpiling" exception set out earlier in ss. 55.2(1) and 55.2(2). That is all the Governor in Council is authorized to regulate. (The stockpiling exception was repealed by S.C. 2001, c. 10, s. 2(1); assented to June 14, 2001.)

53 Deuxièmement, ce ne sont pas toutes les utilisations de l'invention brevetée qui déclencheront l'application du *Règlement ADC.* Le paragraphe 55.2(4) est expressément destiné à prévenir la contrefaçon par les personnes qui utilisent « l'invention brevetée » en se prévalant des exceptions relatives aux « travaux préalables » et à l'« emmagasinage » susmentionnées aux par. 55.2(1) et 55.2(2). Voilà tout ce que le gouverneur en conseil est autorisé à réglementer. (L'exception relative à l'emmagasinage a été abrogée par L.C. 2001, ch. 10, par. 2(1), sanctionnée le 14 juin 2001.)

The fact *paclitaxel* is found in the Biolyse product does not mean that Biolyse took advantage of BMS inventions for the purpose of "early working" a generic copy or "stockpiling" in anticipation of the expiry of the BMS patents. On the contrary, the trial judge's finding is that the Biolyse product was *not* approved on the basis of bioequivalence with the BMS product embodying its inventions.

54 Le fait que le *paclitaxel* se trouve dans le produit de Biolyse ne signifie pas que Biolyse a tiré avantage des inventions de BMS dans le but de procéder aux « travaux préalables » d'une copie générique ou d'« emmagasiner » en attendant l'expiration des brevets de BMS. Au contraire, le juge de première instance a conclu que l'approbation du produit de Biolyse *ne* reposait *pas* sur sa bioéquivalence avec le produit de BMS dans lequel se retrouvent ses inventions.

Thirdly, the limiting words of s. 55.2(4) are not affected by the so-called "paramountcy clause" set out in s. 55.2(5) which provides as follows:

55 Troisièmement, les termes restrictifs du par. 55.2(4) ne sont pas touchés par la soi-disant « disposition attributive de prépondérance » énoncée au par. 55.2(5), lequel prévoit ce qui suit :

(5) In the event of any inconsistency or conflict between

(*a*) this section or any regulations made under this section, and

(*b*) any Act of Parliament or any regulations made thereunder,

this section or the regulations made under this section shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict.

(5) Une disposition réglementaire prise sous le régime du présent article prévaut sur toute disposition législative ou réglementaire fédérale divergente.

This provision does not disturb the usual requirement that regulations must fall within — and to be valid *construed* to fall within — the regulation-making power.

Cette disposition ne remet pas en cause l'exigence habituelle selon laquelle le règlement doit entrer dans le cadre — et, pour être valide, doit être *interprété* comme entrant dans le cadre — du pouvoir de réglementation.

56 With these observations in mind, we next turn to the *NOC Regulations* themselves.

D. *The Scheme of the NOC Regulations*

57 The word "submission" is used in various places in the *NOC Regulations*. In particular, the text of s. 4(1) provides the template on which s. 5(1.1) is modelled. The relevant words in s. 4(1) are:

> **4.** (1) A person who files or has filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine . . . .

58 Section 4(2) permits a person who makes the "submission" to file at the same time a list of patents "that contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine". (There is a procedure to add after-acquired patents but otherwise the deadline is enforced.) The patent list becomes the minefield that the generic "copy-cat" manufacturer must navigate to obtain a NOC. The Federal Court has consistently held that the word "submission" in s. 4(1) does not include all submissions. It does not include a *supplementary* NDS. (*Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318 (F.C.T.D.), at paras. 13, 19 and 21, aff'd (2002), 16 C.P.R. (4th) 425, 2002 FCA 32; *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155, 2003 FCA 274, at para. 18; *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232, 2002 FCT 927, at para. 34; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 58, 2004 FC 736, at paras. 39-40.)

59 Applying a purposive interpretation, the Federal Court in these cases held that to read "submission" in s. 4(1) to include all NDSs would allow innovator companies to sidestep the time limits applicable to patent lists by the simple expedient of submitting a supplementary New Drug Submission (SNDS) making corporate or technical changes to their filing (*Bristol-Myers*, at para. 19). Such a result would not be consistent with the scheme of the *NOC Regulations* as a whole. In my view, this purposive approach is correct.

À la lumière de ces observations, j'examine maintenant le *Règlement ADC* lui-même.

D. *L'économie du Règlement ADC*

Le mot « demande » figure à divers endroits dans le *Règlement ADC*. En particulier, le libellé du par. 4(1) fournit un modèle dont est inspiré le par. 5(1.1). Les termes pertinents du par. 4(1) sont les suivants :

> **4.** (1) La personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ou qui a obtenu un tel avis . . .

Le paragraphe 4(2) autorise la personne qui dépose la « demande » à déposer en même temps une liste de brevets « qui comporte une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament ». (Une procédure prévoit l'ajout des brevets obtenus postérieurement, mais par ailleurs, le délai s'applique.) La liste de brevets devient le champ de mines que le fabricant de « copies » génériques doit traverser pour obtenir un ADC. La Cour fédérale a statué de façon constante que le mot « demande » au par. 4(1) ne s'entend pas de toutes les demandes. Il n'inclut pas un *supplément* à une PDN. (*Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2001] A.C.F. nº 51 (QL) (1re inst.), par. 13, 19 et 21, conf. par [2002] A.C.F. nº 96 (QL), 2002 CAF 32; *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2003] A.C.F. nº 982 (QL), 2003 CAF 274, par. 18; *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2002] A.C.F. nº 1208 (QL), 2002 CFPI 927, par. 34; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2004] A.C.F. nº 883 (QL), 2004 CF 736, par. 39-40.)

Dans ces affaires, après avoir appliqué une interprétation téléologique, la Cour fédérale a conclu qu'une interprétation du mot « demande » au par. 4(1) qui inclurait toutes les PDN permettrait à des sociétés innovatrices de passer outre aux délais applicables aux listes de brevets par le simple expédient qu'est la présentation d'un supplément à une PDN en vue d'apporter des modifications relatives à la société ou des modifications techniques à leur présentation (*Bristol-Myers*, par. 19). Pareil résultat serait contraire à l'économie générale du *Règlement ADC*. À mon avis, cette approche téléologique est la bonne.

The parallel words in s. 5(1.1) are:

5. (1.1) . . . where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine . . . .

The text of s. 5(1.1) closely tracks the language of s. 4(1). It is a reciprocal provision in the sense that s. 4(1) sets up the patent list that the person subject to s. 5(1.1) must circumnavigate. Section 5(1.1) should therefore receive a similarly purposive interpretation. The word "submission" should also be construed so as to fulfill the purposes laid out in s. 55.2(4) of the *Patent Act.*

E. *The Mischief Sought to Be Cured by Section 5(1.1)*

Section 5(1.1) was added in 1999 to deal with what turned out to be a non-existent problem. In *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 F.C. 620 (T.D.), Cullen J. had held that a generic manufacturer could use as its "Canadian reference product" the product of another generic manufacturer without complying with the *NOC Regulations.* In his view no notice had to be given to the party truly interested, namely the manufacturer of the innovative drug from which that other generic had copied its product, even though the reality was that the supporting data for *both* generic manufacturers had been filed by the innovator drug company. This view was quickly corrected in *Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 F.T.R. 21, aff'd (2000), 5 C.P.R. (4th) 138 (F.C.A.).

In the case at bar, the Federal Court of Appeal acknowledged this to be "the mischief":

There is no doubt much to be said for the view that subsection 5(1.1) was introduced in response to the situation in [*Nu-Pharm*]. Indeed, Blanchard J. (at paragraph 48) found that this was the reason for the amendment. . . . The problem was that generic drug companies were attempting to avoid triggering section 5 by submitting documents that took the form of a NDS, but in

Les termes correspondants au par. 5(1.1) sont les suivants : 60

5 (1.1) . . . la personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament . . .

Le libellé du par. 5(1.1) reproduit fidèlement celui du par. 4(1). Il s'agit d'une disposition réciproque dans le sens où le par. 4(1) crée la liste de brevets que doit contourner la personne soumise au par. 5(1.1). Le paragraphe 5(1.1) devrait donc recevoir une interprétation téléologique semblable. L'interprétation du mot « demande » devrait également permettre d'atteindre les objectifs visés par le par. 55.2(4) de la *Loi sur les brevets.* 61

E. *Le mal auquel le par. 5(1.1) doit remédier*

Le paragraphe 5(1.1) a été ajouté en 1999 pour remédier à ce qui s'est révélé être un faux problème. Dans *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 C.F. 620 (1re inst.), le juge Cullen avait conclu qu'un fabricant de produits génériques pouvait employer comme « produit de référence canadien » le produit d'un autre fabricant de produits génériques sans respecter le *Règlement ADC.* À son avis, il n'y avait pas lieu d'aviser la partie réellement intéressée, à savoir le fabricant de la nouvelle drogue dont le produit avait été copié par le fabricant de produits génériques, même si en réalité, les données étayant les demandes des *deux* fabricants de produits génériques avaient été soumises par la société pharmaceutique innovatrice. Cette opinion a rapidement été corrigée dans *Merck & Co. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. nº 1825 (QL) (1re inst.), conf. par [2000] A.C.F. nº 380 (QL) (C.A.). 62

En l'espèce, la Cour d'appel fédérale a reconnu que « le mal » provenait de cette décision du juge Cullen : 63

L'on pourrait débattre longuement de l'hypothèse que le paragraphe 5(1.1) a été adopté en réponse à [*Nu-Pharm*]. Le juge Blanchard a d'ailleurs conclu en ce sens (au paragraphe 48). [. . .] [L]es fabricants de médicaments génériques tentaient de contourner l'article 5 en présentant des documents qui revêtaient la forme d'un PDN, mais qui constituaient en fait des PADN déguisées

reality were disguised ANDSs because they relied heavily on data generated in connection with a drug that was approved, but without making a comparison to demonstrate bioequivalence. [para. 25]

64 The motions judge in this case found Biolyse to have properly filed an NDS. It was not a "disguised AND[S]". The Minister takes the position that s. 5(1.1) is restricted to the *Nu-Pharm* type situation and does not extend to the NDS filed by Biolyse in the present case.

F. *Conclusion on the Issue of Interpretation*

65 The interpretation offered by BMS of s. 5(1.1) pushes the provision well beyond its stated purpose of preventing generic manufacturers from hiding their reliance on innovator drugs by putting forward as their reference drug another generic manufacturer's product, in circumstances where both generics are simply copies of the innovator drug. If the approval of the generic drug is related to the work of another drug manufacturer in respect of which a patent list has been filed (as in the *Nu-Pharm* type situations), it will be caught by s. 5(1.1). However, in this case, as stated, the motions judge found that the Minister did not rely on the BMS work. He relied on work performed by Biolyse itself and "on what was known to scientists in the public realm about paclitaxel" (para. 40).

66 The broad interpretation urged by BMS would lead to an absurd result. The "medicine" in the drug to which the patent list relates need not itself be patented, or indeed owe anything to the ingenuity of the "first" person. It could be a "medicine" whose usefulness was discovered by somebody else (as in the case of *paclitaxel*) or something in the public domain as common as penicillin. So long as such "medicine" shows up as a component, however minor, in the chemical composition of the drug to which the patent list relates, the "second person" (including an innovator who is seeking to manufacture a new and useful drug) is barred from proceeding to market by the automatic statutory freeze, and this "bar" will continue for so long as the patent list

en ce qu'ils s'en remettaient largement à des données produites en liaison avec un médicament approuvé, mais sans faire de comparaison pour en établir la bioéquivalence. [par. 25]

Dans la présente affaire, le juge des requêtes a estimé que Biolyse avait à juste titre déposé une PDN. Il ne s'agissait pas d'une « PADN déguisé[e] ». Le ministre affirme que le par. 5(1.1) est limité aux cas comme celui de *Nu-Pharm* et qu'il ne s'étend pas à la PDN déposée par Biolyse en l'espèce.

F. *Conclusion sur la question de l'interprétation*

L'interprétation que donne BMS du par. 5(1.1) pousse la disposition bien au-delà de son objet déclaré, qui est d'empêcher les fabricants de produits génériques de cacher qu'ils se fondent sur des drogues nouvelles en soumettant un autre produit générique au titre de médicament de référence, alors que les deux produits génériques ne sont que des copies de la drogue nouvelle. Si l'approbation d'un produit générique est liée aux travaux d'une autre société pharmaceutique à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise (comme dans les cas semblables à celui de *Nu-Pharm*), cette approbation sera visée par le par. 5(1.1). Or, en l'espèce, ainsi que je l'ai mentionné, le juge des requêtes a conclu que le ministre ne s'était pas fondé sur les travaux de BMS. Il s'est fondé sur les travaux réalisés par Biolyse elle-même et « sur les connaissances scientifiques relatives au paclitaxel qui faisaient partie du domaine public » (par. 40).

L'interprétation libérale préconisée par BMS conduirait à un résultat absurde. Le « médicament » contenu dans la drogue visée par la liste de brevets n'a pas en soi besoin d'être breveté, ou plutôt, il ne doit rien à l'ingéniosité de la « première » personne. Il pourrait s'agir d'un « médicament » dont l'utilité a été découverte par quelqu'un d'autre (comme c'est le cas du *paclitaxel*) ou d'une chose aussi courante que la pénicilline qui fait partie du domaine public. Tant que ce « médicament » apparaît comme un élément, si négligeable soit-il, de la composition chimique de la drogue à laquelle se rattache la liste de brevets, la « deuxième personne » (y compris l'innovateur qui cherche à fabriquer une drogue nouvelle et utile) se voit interdire l'accès au marché en raison

holder can evergreen its product by resort to patentable improvements to other components or additions, be they ever so minor. This would stifle competition and innovation in the pharmaceutical industry and produce a result at odds with what the regulator was trying to achieve.

du gel légal automatique, et cette « interdiction » se poursuivra tant que le titulaire du brevet visé par la liste pourra perpétuer son produit en recourant à des améliorations brevetables apportées à d'autres éléments ou ajouts, si négligeables soient-elles. Cela aurait pour effet d'étouffer la concurrence et l'innovation dans l'industrie pharmaceutique et produirait un résultat contraire à celui recherché par l'autorité de réglementation.

The "plain meaning" adopted by the Federal Court of Appeal in this case would suggest that s. 5(1.1) is *ultra vires* the regulation-making power which, as noted earlier, only authorizes regulations "necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells *a patented invention* in accordance with subsection (1) [the 'early working' exception] or (2) [the 'stockpiling' exception — now repealed]". While there are other similarities between the Biolyse product and the BMS product, the decision of the Federal Court under s. 5(1.1) rests entirely on the presence of *paclitaxel* in both the BMS and the Biolyse products.

67 Le « sens ordinaire » adopté par la Cour d'appel fédérale en l'espèce laisse entendre que le par. 5(1.1) excède le pouvoir de réglementation qui, comme je l'ai déjà mentionné, n'autorise la prise de règlements que s'ils sont nécessaires « afin d'empêcher la contrefaçon de brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'*une invention brevetée* au sens des paragraphes (1) [l'exception relative aux 'travaux préalables'] ou (2) [l'exception relative à l''emmagasinage' — maintenant abrogée] ». Bien qu'il y ait d'autres éléments similaires entre le produit de Biolyse et celui de BMS, la décision de la Cour fédérale rendue en vertu du par. 5(1.1) repose entièrement sur la présence du *paclitaxel* dans le produit de BMS et dans celui de Biolyse.

The interpretation put forward by BMS should be rejected, based not only on the limiting language of s. 55.2 of the *Patent Act* but on the more fundamental objection that on such a view a "first person" could extend its monopoly far beyond the scope of any possible *quid pro quo* its own skill and ingenuity have contributed to the public.

68 L'interprétation avancée par BMS devrait être rejetée, non seulement à cause des termes limitatifs du par. 55.2 de la *Loi sur les brevets*, mais pour la raison plus fondamentale qu'une telle conception permettrait à la « première personne » de voir l'étendue de son monopole dépasser, et de loin, toute contrepartie possible que son talent et son ingéniosité auraient pu procurer au public.

V. Conclusion

V. Conclusion

In my view, s. 5(1.1) does not apply to innovative drugs. It should be confined to applications for generic copies of patented drugs in the circumstances contemplated by the regulator, i.e., where a manufacturer makes a submission for a NOC for a drug which contains a medicine that it purports to copy from another generic but in fact copies from the innovator company that has filed the patent list. That is not this case. Where the applicant relies on bioequivalence, it will be caught by s. 5(1). On the facts here, neither s. 5(1) nor s. 5(1.1) applies.

69 J'estime que le par. 5(1.1) ne s'applique pas aux drogues nouvelles. Il devrait se limiter aux demandes relatives aux copies génériques de drogues brevetées dans les cas envisagés par l'autorité de réglementation, c.-à-d. ceux où le fabricant demande un ADC à l'égard d'une drogue qui contient un médicament qu'il prétend être une copie d'un autre produit générique mais qui, en fait, est une copie du produit de la société innovatrice qui a soumis la liste de brevets. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Si le demandeur se fonde sur la bioéquivalence, il sera visé par

Accordingly, I conclude that the Minister was entitled to issue the NOC to the appellant Biolyse on the basis of its NDS without subjecting Biolyse to the statutory freeze.

70 If BMS believes that the Biolyse product infringes its patent(s), it has recourse to the usual remedies under the *Patent Act*.

71 The NOC ought not to have been quashed, and the appeal should be allowed with costs throughout.

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

BASTARACHE J. (dissenting) —

I. Introduction

72 While the appellant, Biolyse Pharma Corporation ("Biolyse"), raised a number of issues, only one, namely the determination of the scope of s. 5(1.1) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 ("*NOC Regulations*"), was dealt with in the courts below and requires our attention. This appeal arises following an application by the respondents, Bristol-Myers Squibb Company and Bristol-Myers Squibb Canada Inc. (collectively "BMS"), seeking an order quashing a notice of compliance ("NOC") granted by the Minister of Health ("Minister") to Biolyse in respect of Paclitaxel for injection, 6 mg/ml.

73 Patent protection is crucial to the innovative pharmaceutical industry. Like other inventions, medicines are entitled to patent protection if they meet certain requirements (see M. Smith, *Patent Protection for Pharmaceutical Products* (November 1993), p. 1). The *NOC Regulations* with their intimate connection with the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, provide for the protection of private patent rights.

74 Simply put, where s. 5 of the *NOC Regulations* applies to a drug manufacturer, a NOC cannot be

le par. 5(1). Au vu des faits de l'espèce, ni le par. 5(1) ni le par. 5(1.1) ne s'appliquent. Par conséquent, je conclus que le ministre avait le droit de délivrer à l'appelante Biolyse un ADC qui reposait sur sa PDN sans l'assujettir au gel légal.

Si BMS estime que le produit de Biolyse contrefait son ou ses brevets, elle peut se prévaloir des recours habituels prévus par la *Loi sur les brevets*.

L'ADC n'aurait pas dû être annulé et le pourvoi devrait être accueilli avec dépens dans toutes les cours.

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

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

I. Introduction

Bien que l'appelante, Biolyse Pharma Corporation (« Biolyse »), ait soulevé un certain nombre de questions, seule celle relative à la délimitation de la portée du par. 5(1.1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (« *Règlement ADC* »), a été abordée par les tribunaux inférieurs et retient notre attention. Le présent pourvoi fait suite à une demande des intimées, Bristol-Myers Squibb Company et Bristol-Myers Squibb Canada Inc. (appelées collectivement « BMS »), visant l'annulation de l'avis de conformité (« ADC ») que le ministre de la Santé (« ministre ») a délivré à Biolyse à l'égard du Paclitaxel pour perfusion, 6 mg/ml.

La protection par brevet est essentielle à l'industrie pharmaceutique innovatrice. À l'instar des autres inventions, les médicaments sont admissibles à la protection par brevet s'ils satisfont à certaines exigences (voir M. Smith, *Les produits pharmaceutiques et la protection accordée par les brevets* (novembre 1993), p. 1). De par son lien étroit avec la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4, le *Règlement ADC* pourvoit à la protection des droits privés conférés par les brevets.

En termes simples, lorsque l'art. 5 du *Règlement ADC* s'applique à un fabricant de drogues, l'art. 7

issued by the Minister under s. 7 unless the manufacturer has complied with s. 5. Section 5 establishes a procedure by which a "second person", a subsequent (entry) manufacturing company, in this case Biolyse, is required to make submissions and serve a notice of allegation ("NOA") on the "first person", the originating, innovative, manufacturing company, in this case BMS, to advise the latter that it is seeking approval of a drug containing a medicine found in the innovator company's already approved drug.

Biolyse believes that the result reached by the Federal Court of Appeal is unjust and unreasonable. It asks this Court to accept a different interpretation of the words used by the legislator and Governor in Council. The nature of the suggestion made by Biolyse is best understood by reading para. 86 of its factum. It writes:

> Reading subsection 5(1.1) in the context of the Act and these other relevant sections of the Regulations, the courts below should have implied the words italicized below (or similar language) to provide an interpretation of subsection 5(1.1) that is faithful to the intent of the Act and the Regulations:
>
> 5(1.1) . . . where a person files of has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug that contains a *patented active ingredient* found in another drug or *a patented process used in manufacturing* that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person *who is the patent holder* and in respect of which a patent list *of that patent holder* has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent included on the register in respect of the other drug containing the medicine, where the drug has the same route of administration and a comparable strength and dosage form, and where the same route of administration and a comparable strength and dosage form *are patented*, . . . [Emphasis in appellant's factum.]

The Court must be guided by the need to preserve the value and centrality of the scheme of the patent list system and its content. In my respectful view, this Court ought not lend support to a self-described "innovative" small family company by disregarding the rules of statutory interpretation and the true scheme of the *NOC Regulations*. This

interdit au ministre de délivrer un ADC à moins que le fabricant ne se soit conformé à l'art. 5. Cet article établit une procédure en vertu de laquelle la « seconde personne », le fabricant subséquent, Biolyse en l'occurrence, est tenue de présenter une demande et de signifier un avis d'allégation (« ADA ») à la « première personne », le fabricant d'origine, la société innovatrice, BMS en l'occurrence, pour l'informer qu'elle cherche à faire approuver une drogue contenant un médicament que l'on trouve dans la drogue déjà approuvée de la société innovatrice.

75 Biolyse croit que la conclusion de la Cour d'appel fédérale est injuste et déraisonnable. Elle demande à la Cour d'adopter une interprétation différente des termes employés par le législateur et le gouverneur en conseil. Il est plus facile de saisir la nature de la proposition avancée par Biolyse en lisant le par. 86 de son mémoire. Voici ce qu'elle écrit :

> [TRADUCTION] En lisant le par. 5(1.1) dans le contexte de la Loi et des autres dispositions pertinentes du Règlement, les tribunaux inférieurs auraient dû y voir les termes figurant en italique ci-dessous (ou des termes semblables) afin de lui donner une interprétation qui soit fidèle à l'objet de la Loi et du Règlement :
>
> 5(1.1) . . . la personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un *ingrédient actif breveté* que l'on trouve dans une autre drogue ou *un procédé de fabrication breveté* qui a été commercialisé au Canada par suite de la délivrance d'un avis de conformité à la première personne *qui est la titulaire du brevet* et à l'égard de laquelle une liste des brevets *de cette titulaire de brevets* a été soumise, doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre visant cette autre drogue contenant ce médicament, lorsque celle-ci présente la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables, et lorsque cette même voie d'administration et cette même forme posologique et concentration comparables *sont brevetées*, . . . [En italique dans le mémoire de l'appelante.]

76 La Cour doit se laisser guider par la nécessité de préserver l'utilité et le caractère crucial du système de liste de brevets et du contenu de cette liste. À mon humble avis, la Cour ne devrait pas prêter main-forte à une petite société familiale soi-disant « innovatrice » en faisant abstraction des règles d'interprétation législative et de la véritable économie du

legislative scheme cannot work without its main tool: the NOA. The ability to circumvent the NOA would render the patent list an empty shell.

77 This is a case of regulatory interpretation, and nothing more. The Court must always be careful not to overstep its boundaries. Public policy must be left to the legislature and government, especially when dealing with competing interests where the government has consulted stakeholders and asked Parliament to legislate.

II. Preliminary Issues

78 Biolyse has raised a number of preliminary issues which need to be addressed before embarking on the core of this appeal.

A. *Judicial Review Is the Appropriate Remedy*

79 Biolyse submits that the very remedy used by BMS should not be available to it under s. 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. It claims that the *Patent Act* and the *NOC Regulations* contain a complete code of patent remedies. Since there was a preferable alternative remedy in the *Patent Act*, the courts below should have denied BMS's application for judicial review. I cannot agree.

80 Judicial review is explicitly provided for in s. 18.1 of the *Federal Courts Act* (see Appendix). It has always been available in cases where the Minister was alleged to have failed to comply with the *NOC Regulations*: *Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 F.T.R. 21 ("*Merck 1999*"), aff'd (2000), 5 C.P.R. (4th) 138 (F.C.A.), leave to appeal denied, [2000] 1 S.C.R. xvii; *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 80 C.P.R. (3d) 74 (F.C.A.). BMS's interest, insofar as its patents are concerned, is directly affected by Biolyse's submissions and falls within the purview of s. 18.1. The special statutory regime created by the *NOC Regulations* does not provide for the quashing of a NOC. Nonetheless, the *NOC Regulations*, under s. 6, do govern the prohibition proceedings. Moreover,

Règlement ADC. Ce régime législatif ne peut fonctionner sans son principal outil : l'ADA. La faculté de contourner l'ADA ferait de la liste de brevets une coquille vide.

Il s'agit en l'espèce d'une question d'interprétation de règlement, rien de plus. La Cour doit toujours prendre soin de ne pas outrepasser les limites de sa compétence. Elle doit laisser les questions de politique générale au législateur et au gouvernement, surtout lorsque, en présence d'intérêts opposés, ce dernier a consulté les intervenants et demandé au Parlement de légiférer.

II. Questions préliminaires

Biolyse a soulevé un certain nombre de questions préliminaires auxquelles il est nécessaire de répondre avant de plonger au cœur du présent pourvoi.

A. *Le contrôle judiciaire est le recours approprié*

Biolyse soutient que BMS ne devrait pas pouvoir exercer le recours prévu à l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7. Elle prétend que la *Loi sur les brevets* et le *Règlement ADC* contiennent un code exhaustif des recours en matière de brevets. Vu l'existence d'un meilleur recours subsidiaire dans la *Loi sur les brevets*, les tribunaux inférieurs auraient dû rejeter la demande de contrôle judiciaire de BMS. Je ne puis souscrire à cette prétention.

Le contrôle judiciaire est expressément prévu à l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* (voir annexe). Ce recours a toujours été ouvert dans les cas où il est allégué que le ministre n'a pas observé le *Règlement ADC* : *Merck & Co. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. nº 1825 (QL) (1re inst.) (« *Merck 1999* »), conf. par [2000] A.C.F. nº 380 (QL) (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xvii; *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1998] A.C.F. nº 274 (QL) (C.A.). Les droits de BMS, dans la mesure où ses brevets sont concernés, sont directement touchés par la demande de Biolyse et relèvent de l'art. 18.1. Le cadre réglementaire spécial que créé le *Règlement ADC* ne prévoit pas l'annulation d'un ADC. L'article 6 du *Règlement ADC* régit néanmoins la procédure

although it may have been determined that courts will not normally grant relief on an application for judicial review under s. 18.1 when the applicant could have sought an order of prohibition pursuant to a right of action under s. 6 of the *NOC Regulations* (see *Syntex (U.S.A.) L.L.C. v. Canada (Minister of Health)* (2002), 20 C.P.R. (4th) 29, 2002 FCA 289), this is not an absolute rule. As noted by the Federal Court of Appeal ([2003] 4 F.C. 505, 2003 FCA 180, at para. 41), when an applicant had no opportunity to proceed under s. 6, the court's exercise of its judicial review jurisdiction under s. 18.1 is not constrained by the special regime created by the *NOC Regulations*. In the case at bar, it is Biolyse's own action in circumventing the procedure in the *NOC Regulations* that deprived BMS of possible relief under the *NOC Regulations*.

d'interdiction. En outre, même s'il a été établi que les tribunaux n'accorderont habituellement pas de réparation dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire prévue à l'art. 18.1 dans le cas où le demandeur aurait pu demander une ordonnance d'interdiction conformément au droit d'action que lui confère l'art. 6 du *Règlement ADC* (voir *Syntex (U.S.A.) L.L.C. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2002] A.C.F. nº 1020 (QL), 2002 CAF 289), cette règle n'est pas absolue. Comme l'a indiqué la Cour d'appel fédérale ([2003] 4 C.F. 505, 2003 CAF 180, par. 41), lorsque le demandeur n'a pas pu invoquer l'art. 6, le régime spécial créé par le *Règlement ADC* n'empêche pas le tribunal d'exercer la compétence que lui confère l'art. 18.1 en matière de contrôle judiciaire. En l'espèce, c'est Biolyse elle-même qui, en contournant la procédure établie au *Règlement ADC*, a privé BMS d'un recours possible prévu au *Règlement ADC*.

I agree with Blanchard J. of the Federal Court, Trial Division when he expresses the following view:

> While a patent infringement action is open to the applicant, the Regulations set out a scheme that is designed to give notice to those whose patent rights may be infringed. A party's right to instigate a patent infringement action should have no bearing on its right to seek to quash a NOC improperly issued, and judicial review of a ministerial decision not to require service of a NOA where a party is of the view that the Minister erred in rendering such decision.

((2002), 224 F.T.R. 236, 2002 FCT 1205, at para. 33)

81 Je suis d'accord avec le juge Blanchard de la Section de première instance de la Cour fédérale lorsqu'il exprime l'opinion suivante :

> Bien que l'action en contrefaçon de brevet soit ouverte à la demanderesse, le Règlement prévoit un mécanisme conçu pour aviser ceux dont les droits de brevet risquent d'être lésés. Le droit d'introduire une action en contrefaçon de brevet ne devrait pas avoir d'incidence sur son droit de chercher à obtenir l'annulation d'un avis de conformité qui n'a pas été régulièrement délivré et le contrôle judiciaire de la décision du ministre de ne pas exiger la signification d'un avis d'allégation lorsque l'intéressé est d'avis que le ministre a commis une erreur en prenant une telle décision.

([2002] A.C.F. nº 1638 (QL), 2002 CFPI 1205, par. 33)

The alternative option of BMS, i.e., to institute an action in infringement against Biolyse, would not have given rise to the remedy sought. BMS argues that the Minister erred in law when he decided to issue a NOC without requiring that Biolyse comply with s. 5(1.1) of the *NOC Regulations* and that the Court should therefore quash the NOC. But the validity of a NOC is not a subject to be adjudicated in an infringement action. The legislative scheme grants to the Minister the power to decide on the appropriateness of issuing a NOC with regard to

82 L'autre solution qui s'offrait à BMS, soit engager une action en contrefaçon contre Biolyse, n'aurait pas abouti à la réparation recherchée. BMS soutient que le ministre a commis une erreur de droit lorsqu'il a décidé de délivrer un ADC sans exiger de Biolyse qu'elle se conforme au par. 5(1.1) du *Règlement ADC* et que la Cour devrait par conséquent annuler l'ADC. Or, il n'est pas possible de se prononcer sur la validité d'un ADC dans le cadre d'une action en contrefaçon. Le régime législatif accorde au ministre le pouvoir de décider de l'opportunité de délivrer

safety issues. BMS was not trying to prove infringement of its patent and claim damages. An action in infringement would have served no useful purpose in the case at bar. Hence, there was no alternative procedure to be followed in order to quash the Minister's decision. The "adequate alternative remedy principle" finds no application in the instant case (see *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at paras. 32-42).

83 In sum, an application for judicial review was the sole procedural means available to BMS in order to quash the Minister's decision.

B. *Correctness Is the Proper Standard of Review*

84 Having determined that an application for judicial review was the proper course of action, it is now necessary to determine the appropriate level of deference which must be shown to the Minister. Both the Federal Court, Trial Division and the Federal Court of Appeal agreed that the adequate standard of review was correctness. Biolyse argues that it is the standard at the other end of the spectrum that should have been applied: patent unreasonableness. I disagree. No deference should be shown for the Minister's decision in the present case.

85 As established by this Court in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, a pragmatic and functional analysis must be conducted in order to determine the applicable standard of review. The central determination of this approach turns on legislative intent (*Pushpanathan*, at para. 26). The enquiry entails consideration of the following factors: (1) the absence or presence of a privative clause; (2) the purpose of the Act as a whole and of the applicable provision in particular; (3) the expertise of the tribunal; and (4) the nature of the problem. I now propose to examine these factors.

86 First, the Minister's decision is not protected by a privative clause in the *NOC Regulations*.

un ADC pour ce qui concerne les questions d'innocuité. BMS n'essayait pas de prouver qu'il y avait eu contrefaçon de son brevet et d'obtenir des dommages-intérêts. Une action en contrefaçon n'aurait servi à rien en l'espèce. Il n'y avait donc aucun autre moyen de faire annuler la décision du ministre. Le « principe de l'autre recours approprié » ne s'applique pas dans la présente affaire (voir *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 32-42).

En résumé, la demande de contrôle judiciaire était le seul moyen procédural dont disposait BMS pour faire annuler la décision du ministre.

B. *La norme de la décision correcte est la norme de contrôle appropriée*

Après avoir conclu que la demande de contrôle judiciaire était le recours approprié, il est maintenant nécessaire d'établir le degré de retenue dont il faut faire preuve envers le ministre. La Section de première instance de la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont toutes deux reconnu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte. Biolyse prétend que c'est la norme située à l'autre extrémité du spectre qu'il aurait fallu appliquer, soit celle de la décision manifestement déraisonnable. Je ne suis pas d'accord. Il n'y a pas lieu en l'espèce de faire montre de retenue envers la décision du ministre.

Ainsi que l'a établi la Cour dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, pour déterminer la norme de contrôle applicable, il faut procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle. La détermination de cette norme est centrée sur l'intention du législateur (*Pushpanathan*, par. 26). L'examen doit tenir compte des facteurs suivants : (1) l'absence ou la présence d'une clause privative, (2) l'objet de la loi dans son ensemble et, en particulier, de la disposition en cause, (3) l'expertise du tribunal, et (4) la nature du problème. Je me propose maintenant d'examiner ces facteurs.

Premièrement, la décision du ministre n'est protégée par aucune clause privative contenue au

The latter are silent as to the intended standard of review.

Second, as will be detailed below, the legislative function and purpose of the *NOC Regulations* are to protect patent rights, more specifically to prevent patent infringement. This purpose can be contrasted with that of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870, which is to protect public health by assuring the safety and efficacy of drugs. As the Court stated in *Pushpanathan*, at para. 36, "[w]here the purposes of the statute and of the decision-maker are conceived not primarily in terms of establishing rights as between parties, or as entitlements, but rather as a delicate balancing between different constituencies, then the appropriateness of court supervision diminishes." Thus, while determinations made pursuant to the *Food and Drug Regulations* are polycentric, given that the Minister's decisions are made in contemplation of public health, and therefore amount to an implementation of social and economic policy in a broad sense, the decision of the Minister to grant a NOC under the *NOC Regulations* is one that is judicially based and grapples in essence with the interests of the new drug applicant and the interests of an existing patent holder (see *Pfizer Canada Inc. v. Minister of National Health and Welfare* (1986), 12 C.P.R. (3d) 438 (F.C.A.), at p. 440). Consequently, in the case at bar, the Minister was primarily establishing rights between parties as opposed to undertaking a delicate balancing exercise (see *Reference re: Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 7* (1999), 3 C.P.R. (4th) 77 (F.C.A.), at para. 4).

Third, Biolyse argues that the Minister's expertise in drug approval should tip the balance in favour of deference. True: the primary area of expertise of the Minister relates to safety and efficacy, basically the evaluation of scientific evidence. However, such expertise is not engaged when simply interpreting the *NOC Regulations*, divorced from their relationship to the science (see *Eli Lilly Canada Inc.*

Règlement ADC. Ce dernier n'indique aucune norme de contrôle voulue par le gouverneur en conseil.

87 Deuxièmement, ainsi que je le préciserai ultérieurement, le *Règlement ADC* a pour objet de protéger les droits de brevet et, plus particulièrement, de prévenir la contrefaçon. Cet objet peut être distingué de celui du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C. 1978, ch. 870, lequel vise à protéger la santé du public en assurant l'innocuité et l'efficacité des médicaments. Comme la Cour l'a dit dans *Pushpanathan*, par. 36, « [l]orsque les objectifs de la loi et du décideur sont définis non pas principalement comme consistant à établir les droits des parties, ou ce qui leur revient de droit, mais bien à réaliser un équilibre délicat entre divers intérêts, alors l'opportunité d'une supervision judiciaire diminue. » Partant, alors que les décisions prises sous le régime du *Règlement sur les aliments et drogues* sont polycentriques, vu que les décisions du ministre procèdent de considérations relatives à la santé du public et, de ce fait, équivalent à une mise en œuvre de politiques sociales et économiques au sens large, la décision du ministre de délivrer un ADC en vertu du *Règlement ADC* est une décision qui repose sur l'impartialité et qui oppose essentiellement les droits de la personne qui présente une demande au sujet d'une drogue nouvelle et ceux d'un titulaire de brevet (voir *Pfizer Canada Inc. c. Minister of National Health and Welfare* (1986), 12 C.P.R. (3d) 438 (C.A.F.), p. 440). Par conséquent, en l'espèce, le ministre procédait essentiellement à l'établissement des droits des parties et non à un exercice d'équilibre délicat (voir *Renvoi concernant une question portant sur l'application de l'art. 7 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133*, [1999] A.C.F. nº 1535 (QL) (C.A.) (*sub nom. Merck & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*), par. 4).

88 Troisièmement, Biolyse soutient que la compétence du ministre en matière d'approbation de drogues devrait faire pencher la balance en faveur de la retenue. Certes, l'expertise première du ministre porte sur l'innocuité et sur l'efficacité, en fait sur l'appréciation des éléments de preuve scientifique. Or, cette compétence n'entre pas en jeu quand il ne s'agit que d'interpréter le *Règlement ADC*, sans égard à

v. Canada (Minister of Health), [2003] 3 F.C. 140, 2003 FCA 24, at para. 5.

89 Fourth, there is no doubt that the central issue in this case is the interpretation and application of s. 5(1.1) of the *NOC Regulations*. Hence, the issue before the Court presents a question of mixed law and fact with precedential value. The Minister would arguably have no greater expertise with regard to this issue than the Court (see *Merck 1999*, at para. 68).

90 I agree with Blanchard J. that the appropriate standard of review applicable to the issue of whether s. 5 of the *NOC Regulations* is engaged on the facts of this application is correctness. The Federal Court, Trial Division and the Federal Court of Appeal have usually concluded that a low level of deference should be adopted when reviewing decisions by the Minister to grant a NOC under the *NOC Regulations* (*Merck 1999*, at para. 68). I would adopt the following comments from Hugessen J. in *Novopharm Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 3 F.C. 50 (T.D.), at paras. 16 and 19, with regard to this:

> The Minister is not a specialized tribunal; he is not a tribunal at all. He has no independent decision-making power, no discretion and no policy-making role under the Regulations; his functions are purely ministerial. He is charged with the duty of applying and administering the Regulations and he must do so properly. The standard of review is that of correctness.
>
> . . .
>
> The Minister's duty is to keep the register and to administer the Regulations. It is not a duty which sits lightly with a Minister whose primary function is the protection of public health and safety since these Regulations have nothing to do with that subject and everything to do with the regulation of the conflicting relationships between brand name and generic drug manufacturers. The duty is, however, cast upon him by the Regulations and he must carry it out fairly and even-handedly.

son rapport à la science (voir *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140, 2003 CAF 24, par. 5).

Quatrièmement, il ne fait aucun doute que la question de l'interprétation et de l'application du par. 5(1.1) du *Règlement ADC* est au cœur de la présente affaire. La Cour est donc saisie d'une question mixte de droit et de fait ayant valeur de précédent. L'expertise du ministre, s'il en est, ne saurait être plus grande à cet égard que celle de la Cour (voir *Merck 1999*, par. 68).

Je suis d'accord avec le juge Blanchard pour dire que la norme de contrôle appropriée quant à la question de savoir si l'art. 5 du *Règlement ADC* s'applique compte tenu des faits de l'espèce est celle de la décision correcte. La Section de première instance de la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont souvent conclu qu'il y aurait lieu de faire preuve d'un faible degré de retenue lors du contrôle des décisions du ministre de délivrer un ADC sous le régime du *Règlement ADC* (*Merck 1999*, par. 68). À cet égard, je souscris aux propos suivants du juge Hugessen dans *Novopharm Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 3 C.F. 50 (1re inst.), par. 16 et 19 :

> Le ministre n'est pas un tribunal spécialisé; il n'est pas un tribunal du tout. Il n'est investi d'aucun pouvoir décisionnel indépendant, d'aucun pouvoir discrétionnaire, ni d'aucun pouvoir d'établir des politiques en vertu du Règlement; ses fonctions sont purement ministérielles. Il a le devoir d'appliquer et d'administrer le Règlement et de le faire correctement. La norme de contrôle applicable est celle de la justesse de sa décision.
>
> . . .
>
> Le ministre a le devoir de tenir le registre et d'administrer le Règlement. Il ne s'agit pas d'un devoir qui convient d'emblée à un ministre dont la fonction principale consiste à protéger la santé et la sécurité du public, car le Règlement n'a rien à voir avec cette matière et tout à voir avec la réglementation des rapports conflictuels entre les fabricants de médicaments de marque déposée et les fabricants de médicaments génériques. Ce devoir lui est toutefois imposé par le Règlement et il doit s'en acquitter de façon équitable et impartiale.

As will be demonstrated in the analysis below, I am of the view that no significant error of fact or principle was made by the lower courts in concluding that the Minister committed a reviewable error. Biolyse presented a number of new arguments to our Court; none are accepted here.

Absent an error of principle, a misapprehension of the facts, or an otherwise unreasonable determination, this Court should not interfere with the application judge's exercise of discretion conclusion. I would confirm his decision.

C. *Motion by BMS to Admit Reply Evidence Is Allowed*

At the hearing, BMS renewed a motion which it had made to the Court in August 2004. BMS applied for an order admitting new evidence, the affidavit of Noëlle-Dominique Willems, and allowing it to file a reply factum to respond to the new evidence, i.e., the affidavit of James Keon and the factum of the intervener Canadian Generic Pharmaceutical Association. Given that the underlying position of Biolyse, as will be discussed later, is centred on the policy considerations and the impact of the regulatory regime, argument which is developed in great detail by the intervener Canadian Generic Pharmaceutical Association, this Court should be provided with the opposing party's view. I would allow the motion and admit the reply evidence and factum of BMS.

III. Statutory Interpretation

Courts are confronted on a daily basis with the task of interpreting enactments of Parliament and the Governor in Council. Effectively, statutes and regulations are the instruments which embody the voice of parliamentarians and members of legislative assemblies and provide guidance to Canadians in making decisions. In *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 2, Professor Sullivan eloquently explains this important dimension:

Comme le démontrera l'analyse ci-après, j'estime que les tribunaux inférieurs n'ont commis aucune erreur importante de fait ou de principe en concluant que le ministre avait commis une erreur donnant ouverture à révision. Biolyse a soumis à la Cour un certain nombre de nouveaux arguments; aucun d'eux n'est retenu en l'espèce. 91

En l'absence d'une erreur de principe, d'une interprétation erronée des faits ou d'une décision autrement déraisonnable, la Cour ne devrait pas modifier la conclusion du juge de première instance. Je suis d'avis de confirmer sa décision. 92

C. *La requête de BMS visant l'admission d'une contre-preuve est accueillie*

À l'audience, BMS a présenté à nouveau une requête qu'elle avait présentée à la Cour en août 2004. BMS a demandé une ordonnance visant l'admission d'un nouvel élément de preuve, l'affidavit de M^me^ Noëlle-Dominique Willems, et l'autorisant à déposer un mémoire en réponse à un nouvel élément de preuve, soit l'affidavit de M. James Keon, ainsi que le mémoire de l'intervenante, l'Association canadienne du médicament générique. Étant donné que la position sous-jacente de Biolyse, dont il sera question plus loin, est axée sur les considérations de politique générale et les incidences du régime réglementaire, un sujet traité en détail par l'intervenante, l'Association canadienne du médicament générique, dans son argumentation, la Cour devrait pouvoir bénéficier du point de vue de la partie adverse. Je suis d'avis d'accueillir la requête et d'admettre la contre-preuve et le mémoire de BMS. 93

III. Interprétation législative

Les tribunaux sont quotidiennement appelés à interpréter les textes législatifs adoptés par le Parlement ou pris par le gouverneur en conseil. En effet, les lois et les règlements sont les instruments par lesquels s'expriment les parlementaires et les membres des assemblées législatives pour guider les Canadiens dans leurs décisions. Dans l'ouvrage *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e^ éd. 2002), p. 2, la professeure Sullivan explique avec éloquence cette dimension importante : 94

In the case of legislation, the law-maker wants to communicate the law that it intended to enact because that law, as set out in the successive provisions of a statute or regulation, is the means chosen by the law-maker to achieve a set of desired goals. Law-abiding readers (including those who administer or enforce the legislation and those who resolve disputes) try to identify the intended goals of the legislation and the means devised to achieve those goals, so that they can act accordingly.

A. *General Principles*

95 In his book *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, E. A. Driedger sets out this often-cited principle:

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

96 It is now well settled in law that this modern approach is the preferred method of statutory interpretation (see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at paras. 186-87; *Marche v. Halifax Insurance Co.*, [2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6, at para. 54; *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45, 2002 SCC 76, at para. 154). However, this framework need not be applied in a formulaic manner. The factors need not be canvassed separately in every case, given that they are very closely related and interdependent: *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 28.

97 Biolyse argues that the proper method of interpretation when one is interpreting a regulation, and not an act, is to adopt a two-stage analysis where one first applies the Driedger approach to the regulation in isolation, and then applies the result of the first analysis in the context of the wording and policy objects of the act itself, taking into account other relevant acts and legal policies. BMS submits that there is no need to make a distinction between

[TRADUCTION] Dans le cas d'un texte législatif, le législateur veut communiquer la règle de droit qu'il entend adopter parce que cette règle de droit, qu'énoncent les dispositions successives d'une loi ou d'un règlement, est le moyen qu'il a choisi pour atteindre un ensemble d'objectifs souhaités. Les lecteurs respectueux de la loi (incluant les personnes chargées de l'administrer ou de l'appliquer et celles qui règlent les différends) tentent de déterminer les objectifs du texte législatif et les moyens mis en place pour les atteindre, de façon à pouvoir agir en conséquence.

A. *Principes généraux*

Dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87, E. A. Driedger énonce le principe suivant, maintes fois cité :

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

Il est maintenant bien établi en droit que cette approche moderne est la méthode d'interprétation législative privilégiée (voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 186-187; *Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6, par. 54; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76, par. 154). Cependant, il n'est pas nécessaire d'appliquer ce cadre d'interprétation à la lettre. Nul besoin d'analyser séparément les facteurs dans chaque cas puisqu'ils sont étroitement liés et interdépendants : *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 28.

Biolyse fait valoir que la méthode d'interprétation appropriée lorsqu'il s'agit d'interpréter un règlement, et non une loi, consiste à recourir à une analyse en deux étapes où, dans un premier temps, on applique la méthode préconisée par Driedger au règlement pris isolément et, dans un deuxième temps, on applique le résultat ainsi obtenu dans le contexte du libellé et des objectifs d'intérêt général de la loi elle-même, en tenant compte des autres lois

statutes and regulations. There is only one method of interpretation which applies to all instruments. I agree. Regulations are subject to the same rules of interpretation as statutes themselves (see, e.g., *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250; P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at pp. 24-25; Driedger, at p. 247).

et politiques juridiques pertinentes. BMS soutient qu'il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre les lois et les règlements. Une seule méthode d'interprétation s'applique à tous les textes législatifs. Je suis d'accord. Les mêmes règles d'interprétation s'appliquent aux règlements et aux lois elles-mêmes (voir, p. ex., *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 2000), p. 31-32; Driedger, p. 247).

The interpretation of a regulation merely requires consideration of the purpose and context of the enabling statute, and more specifically the section which confers the powers to enact regulations, as an additional element to be factored into the modern approach to interpretation. In fact, the modern approach already embodies the important role that context must inevitably play when a court construes the written words of a statute. It is undoubted that words take their colour from their surroundings: *Bell ExpressVu*, at para. 27. Furthermore, this Court acknowledged, on more than one occasion, that one is required to consider the "entire context" of a provision before one can determine if it is reasonably capable of multiple interpretations (meaning) and be labelled ambiguous: *Bell ExpressVu*, at para. 29.

98 L'interprétation d'un règlement exige simplement un examen de l'objet et du contexte de la loi habilitante et, plus précisément, de la disposition qui confère le pouvoir de prendre le règlement, s'agissant d'un autre élément dont il faut tenir compte dans le cadre de la méthode moderne d'interprétation. En fait, cette méthode moderne intègre déjà le rôle important que joue inévitablement le contexte dans l'interprétation que font les tribunaux d'un texte de loi. Il ne fait aucun doute que les mots prennent la couleur de leur environnement : *Bell ExpressVu*, par. 27. De surcroît, la Cour a reconnu à plus d'une occasion la nécessité de tenir compte du « contexte global » de la disposition pour pouvoir déterminer si elle est raisonnablement susceptible de multiples interprétations (sens) et la qualifier d'ambiguë : *Bell ExpressVu*, par. 29.

Thus, the specific regulation has to be read in the context of both the regulations, as an ensemble, and the enabling act as a whole: Sullivan, at p. 282.

99 La disposition réglementaire donnée doit donc être interprétée dans le contexte global du règlement et dans le contexte de l'ensemble de la loi habilitante : Sullivan, p. 282.

Even though a regulation is not subject to the usual process of study and debate by members of the House of Commons and the Senate, followed by various amendments, it is often submitted to various industry consultations and amendments before proclamation. As a result, the regulations reflect important policy choices made to ensure order and stability in regulated industries.

100 Même si un règlement n'est pas soumis au processus habituel d'étude et de débat par les membres de la Chambre des communes et du Sénat qui donne lieu à diverses modifications, il n'est pas rare qu'il soit l'objet de diverses consultations auprès de l'industrie et qu'on y apporte de nombreuses modifications avant sa proclamation. Ainsi, le règlement reflète d'importants choix de politique générale faits en vue d'assurer l'ordre et la stabilité dans les industries réglementées.

The federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, prescribes that the same rules of interpretation apply both to statutes and regulations (ss. 3(1) and 2(1)). Moreover, s. 12 provides that every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair,

101 La *Loi d'interprétation* fédérale, L.R.C. 1985, ch. I-21, prévoit que les mêmes règles d'interprétation s'appliquent aux lois et aux règlements (par. 3(1) et 2(1)). En outre, l'art. 12 dispose que tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète

large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

102 Thus, statutory interpretation is the art of finding the legislative spirit embodied in enactments. In order to master this art, courts need to follow the statutory framework recognized and applied over the years. In this regard, the courts' role will greatly differ when dealing with a legislative rather than a constitutional context. This shift in scenery is of the utmost importance in preserving the integrity and stability of the law, as confirmed in *Bell ExpressVu*, at para. 62:

> Statutory enactments embody legislative will. They supplement, modify or supersede the common law. More pointedly, when a statute comes into play during judicial proceedings, the courts (absent any challenge on constitutional grounds) are charged with interpreting and applying it in accordance with the sovereign intent of the legislator.

The above principle was applied repeatedly by the courts: *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19, at para. 16; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78, at para. 44; *Harvard College*, at para. 178; *Marche*, at para. 57; *R. v. McDonald* (2002), 209 N.S.R. (2d) 283 (C.A.), at para. 24.

103 The courts must be careful not to confuse policy considerations leading to the adoption of an act or regulations, which are examined in order to discover legislative intent, and the appropriateness of policy choices which are a matter that must be left to legislators. Contextual interpretation does not justify departures from ordinary rules of statutory interpretation; in particular, reading in words cannot be justified in the absence of a demonstrable ambiguity.

B. *Application of the Modern Approach*

104 Simply put, this Court must determine whether Biolyse's submission for a NOC falls within the purview of s. 5(1.1) of the *NOC Regulations*. The difficulty in this case lies in the application of the contextual approach to the interpretation of the impugned

de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

L'interprétation législative est donc l'art de découvrir l'esprit du législateur qui imprègne les textes législatifs. Pour bien maîtriser cet art, les tribunaux doivent suivre le cadre législatif établi et appliqué au fil des ans. À cet égard, le rôle des tribunaux variera grandement selon qu'il s'inscrit dans un contexte législatif ou constitutionnel. Ce changement d'environnement importe au plus haut point lorsqu'il s'agit de préserver l'intégrité et la stabilité du droit, comme l'a confirmé l'arrêt *Bell ExpressVu*, par. 62 :

> Les textes législatifs sont l'expression de la volonté du législateur. Ils complètent, modifient ou remplacent la common law. Plus précisément, lorsqu'une loi est en jeu dans une instance judiciaire, il incombe au tribunal (sauf contestation fondée sur des motifs d'ordre constitutionnel) de l'interpréter et de l'appliquer conformément à l'intention souveraine du législateur.

Les tribunaux ont maintes fois appliqué le principe susmentionné : *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19, par. 16; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78, par. 44; *Harvard College*, par. 178; *Marche*, par. 57; *R. c. McDonald* (2002), 209 N.S.R. (2d) 283 (C.A.), par. 24.

Les tribunaux doivent se garder de confondre les considérations de politique générale ayant mené à l'adoption d'une loi ou d'un règlement, qui sont examinées en vue de découvrir l'intention du législateur, et l'opportunité des choix politiques, lesquels doivent être laissés aux législateurs. L'interprétation contextuelle ne permet pas de rompre avec les règles ordinaires d'interprétation législative; en particulier, l'interprétation extensive ne saurait se justifier en l'absence d'une ambiguïté manifeste.

B. *Application de la méthode moderne*

En somme, notre Cour doit déterminer si la demande d'ADC soumise par Biolyse est visée par le par. 5(1.1) du *Règlement ADC*. La difficulté réside en l'espèce dans l'application de l'approche contextuelle à l'interprétation du règlement

regulation. Nonetheless, I will start my analysis with the usual first step of looking at the grammatical and ordinary sense of the section before proceeding to consider the broader and external context of s. 5(1.1). This latter inquiry will entail an examination of the legislative history and object of the *NOC Regulations* as a whole, the *Patent Act* and the *Food and Drug Regulations.*

(1) Grammatical and Ordinary Meaning

This first step in the interpretation exercise requires the Court to examine the ordinary meaning of the words used. What is the reader's first impression, the understanding that spontaneously emerges when the provisions are simply read through? (Sullivan, at p. 21; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, at p. 735)

When one reads s. 5(1.1), what is understood? For ease of reference, I reproduce ss. 5(1.1) and 5(1), the latter being necessary to interpret the former:

5. (1.1) Subject to subsection (1.2), where subsection (1) does not apply and where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine found in another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent included on the register in respect of the other drug containing the medicine, where the drug has the same route of administration and a comparable strength and dosage form,

(*a*) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(*b*) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(*c*) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that

contesté. Je commencerai néanmoins mon analyse par la première étape habituelle qui consiste à examiner le sens ordinaire et grammatical de la disposition, puis j'examinerai le contexte général et externe du par. 5(1.1). Cette deuxième étape comportera un examen de l'historique législatif et de l'objet du *Règlement ADC* dans son ensemble, de la *Loi sur les brevets* et du *Règlement sur les aliments et drogues.*

(1) Sens ordinaire et grammatical

Cette première étape de l'exercice d'interprétation impose à la Cour d'examiner le sens ordinaire des mots employés. Quelle est la première impression du lecteur, le sens qui s'impose spontanément à la simple lecture des dispositions? (Sullivan, p. 21; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, p. 735) 105

Que comprend-on à la lecture du par. 5(1.1)? Afin de faciliter la consultation, je reproduis les par. 5(1.1) et 5(1), le second étant nécessaire à l'interprétation du premier : 106

5. (1.1) Sous réserve du paragraphe (1.2), lorsque le paragraphe (1) ne s'applique pas, la personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament que l'on trouve dans une autre drogue qui a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un avis de conformité à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre visant cette autre drogue contenant ce médicament, lorsque celle-ci présente la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables :

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne soit pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas :

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)*c*) est fausse,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant

person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

5. (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and compares that drug with, or makes reference to, another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

(*a*) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(*b*) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(*c*) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

107 In a nutshell, s. 5(1.1) will be triggered when the second or subsequent entry manufacturer's drug contains the same medicine, employs the same route of administration and has a comparable strength and dosage form as the drug listed on the patent register. I want to underline here the importance of the list, to which I shall return later.

108 The *Food and Drug Regulations* make a distinction between three types of submissions: (1) a new drug submission ("NDS"); (2) an abbreviated new drug submission ("ANDS"); and (3) a supplement to NDS or ANDS. The Minister's filing requirements are different for innovative new drug product developers and generic manufacturers who sell drugs patented by others, after patent protection has expired. The former requires a NDS and the latter needs only an ANDS. Biolyse argues that s. 5(1.1) was

l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue et la compare, ou fait référence, à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue :

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne sera pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas :

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)*c*) est fausse,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

Bref, le par. 5(1.1) s'appliquera dans les cas où la drogue du deuxième fabricant, ou du fabricant subséquent, contient le même médicament et présente la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables à celles de la drogue déjà inscrite au registre des brevets. Je tiens à souligner ici l'importance de la liste, sur laquelle je reviendrai.

Le *Règlement sur les aliments et drogues* distingue trois types de demandes : (1) la présentation de drogue nouvelle (« PDN »), (2) la présentation abrégée de drogue nouvelle (« PADN ») et (3) le supplément à la PDN ou à la PADN. Les exigences de dépôt imposées par le ministre diffèrent selon qu'il s'agit d'une société pharmaceutique innovatrice ou d'un fabricant de produits génériques qui vend des drogues brevetées par d'autres une fois expiré le délai de protection du brevet. Dans le premier cas,

introduced to require that a NOA be served solely by generic manufacturers filing an ANDS. BMS submits that Biolyse's interpretation would render s. 5(1.1) redundant with s. 5(1), and therefore meaningless. Further, BMS submits that s. 5(1.1), and more specifically the NOA procedure, apply equally to an applicant filing a NDS or an ANDS where the drugs contain the same medicine, dosage form and route of administration.

il faut une PDN alors que dans le second, seule une PADN est requise. Biolyse allègue que le par. 5(1.1) a été introduit afin que seuls les fabricants de produits génériques déposant une PADN soient tenus de signifier un ADA. BMS soutient que, au regard du par. 5(1), l'interprétation de Biolyse rendrait le par. 5(1.1) redondant et, par le fait même, vide de sens. En outre, BMS soutient que le par. 5(1.1), et plus particulièrement la procédure d'ADA, s'applique également au demandeur qui soumet une PDN ou à celui qui soumet une PADN lorsque la drogue contient le même médicament et présente les mêmes voie d'administration et forme posologique.

A simple dissection of the impugned section casts light on the five conditions (see F.C.A. judgment, at para. 15):

(1) Section 5(1) cannot apply to the situation;

(2) The person must have filed a submission for a NOC;

(3) The NOC filed must be in respect of a drug that contains a medicine found in another drug;

(4) The first entry drug has to have been marketed in Canada pursuant to a NOC issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted; and

(5) The new drug has to have the same route of administration and a comparable strength and dosage form as the first entry drug.

109 Une simple dissection de la disposition contestée fait ressortir les cinq conditions (voir le jugement de la Cour d'appel fédérale, par. 15) :

(1) le paragraphe 5(1) ne peut s'appliquer à la situation;

(2) la personne doit avoir déposé une demande d'ADC;

(3) la demande d'ADC déposée doit concerner une drogue qui contient un médicament que l'on trouve dans une autre drogue;

(4) la première drogue doit avoir été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un ADC à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise;

(5) la nouvelle drogue doit présenter la même voie d'administration que la première drogue et une forme posologique et une concentration comparables.

I will now briefly examine each of these components in light of their plain and ordinary meaning. First, s. 5(1) cannot apply. Blanchard J. explains, at para. 40:

110 Je procède maintenant à un bref examen de chacun de ces éléments au regard de leur sens ordinaire. Premièrement, le par. 5(1) ne peut s'appliquer. Le juge Blanchard explique ce qui suit au par. 40 :

In my view, the language in s-s. 5(1) is clear. Without a second drug used for comparative purposes to assess the safety and efficacy of the new product, s-s. 5(1) has no application. Further, a second person would be unable to comply with the requirements under the subsection to provide the specified information, "with respect to

À mon avis, le libellé du paragraphe 5(1) est sans équivoque. À défaut de seconde drogue utilisée à des fins de comparaison pour évaluer l'innocuité et l'efficacité du nouveau produit, le paragraphe 5(1) ne s'applique pas. De plus, une seconde personne serait incapable de satisfaire à l'obligation que lui impose ce paragraphe de fournir

each patent on the register in respect of the other drug", since no "other drug" is identified in this instance.

The application judge, on the evidence, concluded that Biolyse did not compare its drug or make reference to another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence (at para. 40):

> On the evidence, the Biolyse submission contains clinical studies on sick patients; specifically those with advanced breast cancer unresponsive to usual treatment and those with locally advanced non-small-cell lung cancer. The safety and efficacy of the Biolyse product assessment was based on those studies and on what was known to scientists in the public realm about paclitaxel.

111 Second, it has been established that, for the purposes of the *NOC Regulations*, "a submission for a notice of compliance" means a NDS, an ANDS, as well as a supplement to either of these submissions. This interpretation was first adopted by McGillis J. in *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 271 (F.C.T.D.), at para. 36, where she stated:

> In considering the expression "a submission for a notice of compliance" in sections 4 and 5 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, the mechanisms which trigger the issuance of a notice of compliance are, by virtue of the definition of "notice of compliance" in section 2, those specified in section C.08.004 of the *Food and Drug Regulations*, namely a new drug submission, an abbreviated new drug submission and a supplement to a new drug submission or to an abbreviated new drug submission. In the circumstances, the expression "submission for a notice of compliance", as used in sections 4 and 5 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* means a new drug submission, an abbreviated new drug submission and a supplement to a new drug submission or to an abbreviated new drug submission. [Emphasis added.]

(See also *Merck 1999*, at para. 59.)

les renseignements précisés « [. . .] à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue », étant donné qu'aucune « autre drogue » n'est désignée dans le cas présent.

Au vu de la preuve, le juge saisi de la demande a conclu que Biolyse n'avait pas comparé sa drogue ou fait référence à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence (par. 40) :

> Il ressort de l'ensemble de la preuve que la PDN de Biolyse renferme des études cliniques sur des patients malades et plus précisément sur des femmes atteintes de cancer du sein avancé ne répondant pas aux traitements habituels et sur des personnes souffrant de cancer avancé du poumon « non à petites cellules ». L'évaluation de l'innocuité et de l'efficacité du produit de Biolyse était fondée sur les études en question et sur les connaissances scientifiques relatives au paclitaxel qui faisaient partie du domaine public.

Deuxièmement, il a été établi que, pour l'application du *Règlement ADC*, « une demande d'avis de conformité » s'entend d'une PDN, d'une PADN ainsi que d'un supplément à l'une ou l'autre de ces présentations. Cette interprétation a pour la première fois été retenue par la juge McGillis dans *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [1999] A.C.F. nº 458 (QL) (1re inst.), par. 36, où elle a dit ce qui suit :

> Pour l'examen de l'expression anglaise « *a submission for a notice of compliance* » (« une demande d'avis de conformité ») qui se trouve aux articles 4 et 5 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, il convient de signaler que les mécanismes qui déclenchent la délivrance d'un avis de conformité sont, en raison de la définition que l'article 2 donne de l'« avis de conformité », ceux qui sont précisés à l'article C.08.004 du *Règlement sur les aliments et drogues*, à savoir une présentation de drogue nouvelle, une présentation abrégée de drogue nouvelle et un supplément à l'une ou l'autre. Dans ces conditions, l'expression anglaise « *a submission for a notice of compliance* » (« une demande d'avis de conformité ») qui est employée aux articles 4 et 5 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* s'entend d'une présentation de drogue nouvelle, d'une présentation abrégée de drogue nouvelle ou d'un supplément à une présentation de drogue nouvelle ou à une présentation abrégée de drogue nouvelle. [Je souligne.]

(Voir aussi *Merck 1999*, par. 59.)

At para. 58, Binnie J. finds support in a number of cases from the Federal Court for the proposition that the word "submission" does not include any submission, more specifically that it does not include a supplementary NDS (*Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318 (F.C.T.D.), aff'd (2002), 16 C.P.R. (4th) 425, 2002 FCA 32; *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232, 2002 FCT 927; *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155, 2003 FCA 274; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 58, 2004 FC 736). In my opinion, this line of cases cannot find application here. First of all, these decisions deal with the attempt by patentees to circumvent the time requirements in s. 4 of the *NOC Regulations* by making various administrative modifications (i.e., changing the brand (trade) name or the company's (manufacturer) name) in a supplementary NDS in order to add patents on the patent register. None of these cases deals with the issue of whether "submission" includes NDS and ANDS. In fact, in *AstraZeneca*, at para. 21, the Federal Court refers and accepts McGillis J.'s comment in *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)*.

In the recent decision of the Federal Court in *GlaxoSmithKline Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 38 C.P.R. (4th) 27, 2004 FC 1302, at paras. 64-71, Lemieux J. recognizes that a "submission" encompasses a NDS and an ANDS, but distinguishes the administrative NDS since its purpose is not to enable the Minister to assess the safety and effectiveness of the new drug. An administrative or supplementary NDS cannot possibly be liken to a NDS or an ANDS. The former submission has no substantive content compared to the latter submissions.

I consequently take issue with Binnie J.'s contention that the intervener Pfizer Canada Inc. supports Biolyse in its claim that the word "submission" does not include any submission (para. 42). Pfizer's claim was exclusively related to the administrative NDS,

112 Au paragraphe 58, le juge Binnie appuie sur un certain nombre de décisions de la Cour fédérale la proposition selon laquelle le mot « demande » ne s'entend pas de toute demande, plus particulièrement qu'il n'inclut pas un supplément à une PDN (*Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2001] A.C.F. nº 51 (QL) (1re inst.), conf. par [2002] A.C.F. nº 96 (QL), 2002 CAF 32; *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2002] A.C.F. nº 1208 (QL), 2002 CFPI 927; *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2003] A.C.F. nº 982 (QL), 2003 CAF 274; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2004] A.C.F. nº 883 (QL), 2004 CF 736). À mon avis, ce courant jurisprudentiel ne saurait s'appliquer en l'espèce. En premier lieu, ces décisions concernent des brevetés qui tentent de contourner les délais prévus à l'art. 4 du *Règlement ADC* en apportant certains changements administratifs (p. ex. changement de la marque nominative (commerciale) ou de la dénomination sociale (fabricant)) par voie de supplément à une PDN afin d'inscrire d'autres brevets au registre. Aucune de ces décisions ne porte sur la question de savoir si le mot « demande » s'entend d'une PDN ou d'une PADN. En fait, dans *AstraZeneca*, par. 21, la Cour fédérale cite et fait siens les propos de la juge McGillis dans *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*.

113 Dans la décision récente de la Cour fédérale, *GlaxoSmithKline Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2004] A.C.F. nº 1578 (QL), 2004 CF 1302, par. 64-71, le juge Lemieux reconnaît qu'une « demande » s'entend d'une PDN et d'une PADN, mais il fait une distinction avec la présentation administrative de drogue nouvelle qui n'a pas pour objet de permettre au ministre d'évaluer l'innocuité et l'efficacité de la nouvelle drogue. Une présentation administrative de drogue nouvelle ou un supplément à une PDN ne saurait être assimilée à une PDN ou à une PADN. Elle n'a aucun contenu substantiel comparativement à ces dernières.

114 Je suis donc en désaccord avec le juge Binnie qui affirme que l'intervenante Pfizer Canada Inc. appuie Biolyse lorsqu'elle prétend que le mot « demande » ne s'entend pas de toute demande (par. 42). La prétention de Pfizer ne visait que la présentation

i.e., a NDS which contains no scientific or technical data, but is completely administrative, not falling within the ambit of s. 5(1.1). In fact, Pfizer did not take position on whether an ANDS or a NDS was included in the word "submission", the issue at hand. Finally, it is interesting to note that Pfizer has since the hearing been able to convince the Minister of its position and is no longer preoccupied with the result of this appeal (letter from Pfizer to the Court, dated November 24, 2004).

115 Third, the NOC must have been filed in respect of a drug that contains a medicine found in another drug that has been marketed in Canada. Biolyse argues that the definition of medicine must be tied to the patent list because s. 4(2)(*b*) of the *NOC Regulations* limits what may be on a patent list to any Canadian patent that is owned by that person and contains a claim for the medicine itself. I cannot agree. Section 4(2)(*b*) is not as restrictive as asserted by Biolyse. It is in fact very comprehensive and allows a patent list to be submitted for any Canadian patent that is owned by that person and contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine. In addition, as was recognized by Biolyse, a "claim for the medicine itself" was given in s. 2 of the *NOC Regulations* by the Governor in Council a very broad ambit. The same can be said for a "claim for the use of the medicine". These definitions cannot be ignored:

"claim for the medicine itself" includes a claim in the patent for the medicine itself when prepared or produced by the methods or processes of manufacture particularly described and claimed or by their obvious chemical equivalents; (*revendication pour le médicament en soi*)

"claim for the use of the medicine" means a claim for the use of the medicine for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof; (*revendication pour l'utilisation du médicament*)

administrative de drogue nouvelle, soit une PDN qui ne contient aucune donnée scientifique ou technique, qui est purement administrative et qui est exclue du champ d'application du par. 5(1.1). En fait, Pfizer ne s'est pas prononcée sur la question en litige, à savoir si la PADN ou la PDN étaient inclues dans le mot « demande ». Enfin, il est intéressant de noter que, depuis la tenue de l'audience, Pfizer a réussi à convaincre le ministre du bien-fondé de sa position et n'est plus intéressée par l'issue du présent pourvoi (lettre de Pfizer à la Cour, en date du 24 novembre 2004).

Troisièmement, la demande d'ADC doit avoir été déposée relativement à une drogue contenant un médicament que l'on trouve dans une autre drogue qui a été commercialisée au Canada. Biolyse soutient que la définition du terme « médicament » doit être rattachée à la liste de brevets parce que l'al. 4(2)*b*) du *Règlement ADC* limite cette liste à tout brevet canadien dont la personne est propriétaire et qui comporte une revendication pour le médicament en soi. Je ne peux accepter cette prétention. L'alinéa 4(2)*b*) n'est pas aussi restrictif que Biolyse l'affirme. Il est en fait très exhaustif et permet qu'une liste de brevets soit soumise à l'égard de tout brevet canadien dont la personne est propriétaire et qui comporte une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament. En outre, ainsi que l'a reconnu Biolyse, le gouverneur en conseil a donné à l'expression une « revendication pour l'utilisation du médicament » à l'art. 2 du *Règlement ADC* une portée très générale. Il en va de même pour l'expression une « revendication pour l'utilisation du médicament ». On ne saurait faire abstraction de ces définitions :

« revendication pour le médicament en soi » S'entend notamment d'une revendication, dans le brevet, pour le médicament en soi préparé ou produit selon les modes du procédé de fabrication décrits en détail et revendiqués ou selon leurs équivalents chimiques manifestes. (*claim for the medicine itself*)

« revendication pour l'utilisation du médicament » Revendication pour l'utilisation du médicament aux fins du diagnostic, du traitement, de l'atténuation ou de la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal, ou de leurs symptômes. (*claim for the use of the medicine*)

Moreover, "medicine" is defined in s. 2 as "a substance intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof".

Biolyse's interpretation would require the Court to read in the term "patented" in s. 5(1.1), something that would go entirely against a plain reading of the section which clearly refers to "medicine", a defined term. It has been recognized that in interpreting a statute or regulation words should not be added or deleted, and the readers should not try to fill in any gaps that they think they see: Driedger, at p. 94. Here, the definition of "medicine" is very wide and cannot be said to encompass solely patented medicines.

BMS has three patents listed on the patent register in respect of its drug Taxol, more specifically in connection with *paclitaxel*. Two of the three patents are in relation to the use of *paclitaxel* solution: (1) patent number 2,086,874, a new method of administering *paclitaxel* which uses less *paclitaxel* and shorter infusion time; and (2) patent number 2,132,936, to increase shelf life of *paclitaxel* using a new solvent (castor oil, ethanol, and aluminum oxide). The third patent is a formulation patent that claims the active ingredient with particular excipients: patent number 2,189,916, composition for treatment of Kaposi's sarcoma. While one could posit that the patents held by BMS are narrow, it would be inappropriate to venture on uncertain grounds to examine these patents in detail or question their validity, given the absence of a full factual record in the case at bar. It is also totally unnecessary in this case. These patents exist and there has been no challenge regarding their validity. The indirect attack resulting from reading in words as proposed by Binnie J. in paras. 52-53 or reading down the provision as proposed in his paras. 57-61 is, in my opinion, not consistent with the rules of statutory interpretation and constitutes a diversion from the real contentious issue. Only one question needs to be answered: has Biolyse filed a submission in respect of a drug that contains a medicine found in another drug? The

Par ailleurs, le terme « médicament » est défini à l'art. 2 comme étant une « [s]ubstance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal, ou de leurs symptômes. » 116

L'interprétation de Biolyse obligerait la Cour à ajouter le terme « breveté » au par. 5(1.1), ce qui serait tout à fait à l'encontre du sens ordinaire de la disposition, laquelle renvoie clairement à « médicament », un terme défini. Il a été reconnu qu'en interprétant une loi ou un règlement, il ne faut ni ajouter ni supprimer des mots, et le lecteur ne devrait pas essayer de suppléer aux lacunes qu'il croit y voir : Driedger, p. 94. En l'espèce, la définition de « médicament » est très générale et ne saurait viser que les médicaments brevetés. 117

BMS est propriétaire de trois brevets inscrits au registre des brevets à l'égard de sa drogue Taxol, plus précisément pour le *paclitaxel*. Deux de ces brevets sont relatifs à l'utilisation d'une solution de *paclitaxel* : (1) le brevet numéro 2 086 874 qui porte sur un nouveau mode d'administration du *paclitaxel* prévoyant une concentration plus faible et une durée de perfusion moins longue; et (2) le brevet numéro 2 132 936 qui porte sur la prolongation de la durée de conservation du *paclitaxel* au moyen d'un nouveau solvant (huile de ricin, éthanol et oxyde d'aluminium). Le troisième brevet est un brevet relatif à la formulation qui revendique l'ingrédient actif et certains excipients : le brevet numéro 2 189 916, une composition destinée au traitement du sarcome de Kaposi. Certes, on pourrait affirmer que la portée des brevets détenus par BMS est restreinte, mais il ne serait pas indiqué de s'aventurer sur ce terrain glissant et d'examiner ces brevets en détail ou de remettre leur validité en cause, vu l'absence d'un dossier factuel complet en l'espèce. Ce serait aussi complètement inutile. Ces brevets existent et leur validité n'a pas été contestée. L'attaque indirecte résultant de l'interprétation que propose le juge Binnie aux par. 52-53, ou son interprétation atténuante de la disposition aux par. 57-61, est, à mon avis, incompatible avec les règles d'interprétation législative et détourne notre attention de la véritable question litigieuse. 118

answer is clear, yes. As found by Blanchard J. and reiterated by Evans J.A., the medicine *paclitaxel* is found in Paclitaxel for injection and in Taxol. This is a finding of fact not contested by Biolyse, which explains why it is trying to qualify the word "medicine" through tortuous constructions.

Une seule question exige une réponse : Biolyse a-t-elle déposé une demande à l'égard d'une drogue qui contient un médicament que l'on trouve dans une autre drogue? La réponse est claire, c'est oui. Comme l'ont conclu le juge Blanchard et le juge d'appel Evans, le médicament *paclitaxel* se trouve dans le Paclitaxel pour perfusion et dans le Taxol. Il s'agit d'une conclusion de fait que Biolyse n'a pas contestée, ce qui explique pourquoi cette dernière tente par des interprétations tortueuses d'atténuer le sens du mot « médicament ».

119 Fourth, the first entry drug has to have been marketed in Canada pursuant to a NOC issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted. As mentioned above, Taxol has been marketed in Canada pursuant to a NOC issued to BMS and the latter owns three patents in connection with the drug.

Quatrièmement, la première drogue doit avoir été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un ADC à la première personne et une liste de brevets doit avoir été soumise à son égard. Comme je l'ai mentionné précédemment, le Taxol a été commercialisé au Canada par suite d'un ADC délivré à BMS et cette dernière est titulaire de trois brevets relativement à cette drogue.

120 Fifth, there is no contention that Biolyse's drug for injection has the same route of administration and a comparable strength and dosage form as BMS's drug. Blanchard J. found that the evidence established that Biolyse's Paclitaxel for injection had the same route of administration as Taxol, intravenous injection, and was of identical strength and dosage form as Taxol, 6mg/ml (para. 51).

Cinquièmement, nul ne conteste que la drogue pour perfusion de Biolyse présente la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables à la drogue de BMS. Le juge Blanchard a conclu qu'il ressortait de la preuve que le Paclitaxel pour perfusion de Biolyse présentait la même voie d'administration que le Taxol — injection intraveineuse — et que sa forme posologique et sa concentration sont identiques à celles du Taxol, 6mg/ml (par. 51).

121 Consequently, as determined by the two lower courts, if s. 5(1.1) is to be interpreted by giving its language the ordinary and grammatical meaning, Biolyse had to make an allegation in its submission pursuant to s. 5(1.1)(*b*) and, until Biolyse complied, the Minister was prohibited by s. 7(1)(*b*) from issuing a NOC in respect of Paclitaxel for injection.

Par conséquent, ainsi que l'ont conclu les deux tribunaux inférieurs, s'il faut interpréter le par. 5(1.1) en lui donnant son sens ordinaire et grammatical, Biolyse devait formuler dans sa demande une allégation fondée sur l'al. 5(1.1)*b*) et, tant qu'elle ne se conformait pas à cette exigence, l'al. 7(1)*b*) interdisait au ministre de délivrer un ADC à l'égard du Paclitaxel pour perfusion.

122 Therefore, a simple reading of s. 5(1.1) does not reveal any ambiguity or incoherence.

Une simple lecture du par. 5(1.1) ne révèle donc ni ambiguïté ni incohérence.

123 Nonetheless, as asserted by this Court in *Chieu*, at para. 34, the grammatical and ordinary sense of a section is not determinative. This Court has long rejected a literal approach to statutory interpretation (see Sullivan, at pp. 20-21). Thus, this first step

Néanmoins, comme l'a dit la Cour dans l'arrêt *Chieu*, au par. 34, le sens ordinaire et grammatical d'une disposition n'est pas déterminant. La Cour rejette depuis longtemps la méthode littérale d'interprétation des lois (voir Sullivan, p. 20-21). Cette

must be followed by a consideration of the entire context.

(2) Entire Context

Since, in this case, the provision under scrutiny is part of a bigger scheme, the context that will colour the words is more expansive: *Bell ExpressVu*, at para. 27. Context is an indefinite and adaptable concept. Different fact situations will warrant different appreciations of context, all with the goal of discovering the clear intention of the legislature (or Parliament) and the true purpose of the statute or regulation.

The entire context in this appeal can be analysed in two stages. First, I will explore the broader context, i.e., the legislative scheme in which is found the litigious section. Second, I will probe into the external context which consists of the extrinsic evidence relating to the historical setting in which s. 5(1.1) was enacted and currently operates (see Sullivan, at pp. 260-62; *Marche*, at para. 66).

Contrary to Binnie J., I contend that, when read in its entire context, s. 5(1.1) applies to Biolyse.

(a) *Broader Context: Legislative Scheme*

The broader context in which is found the impugned section contains three pieces of legislation which require this Court's attention: (1) the *Food and Drug Regulations*; (2) the *Patent Act*; and (3) the *NOC Regulations*. I will canvass these instruments with, for obvious reasons, a particular attention to the last two.

When analysing the legislative scheme, the Court tries to discover how the provisions or parts of different acts and regulations work together to give effect to a plausible and coherent plan: see Sullivan, p. 284. As the product of a rational government, the *NOC Regulations* are seen as part of a system, every component contributing to the whole (see Côté, at p. 308; *Marche*, at para. 72). One cannot criticize the larger scheme in place in the guise of "contextual analysis" to subsequently apply the contextual

première étape doit donc être suivie d'un examen du contexte global.

(2) Contexte global

Puisque la disposition litigieuse en l'espèce fait partie d'un cadre législatif plus large, le contexte qui en colore les mots est plus vaste : *Bell ExpressVu*, par. 27. Le contexte est une notion imprécise et flexible. Des situations de fait différentes justifieront des appréciations contextuelles différentes, et cela en vue de découvrir l'intention claire du législateur et le véritable objet du texte législatif ou réglementaire. 124

Dans le présent pourvoi, le contexte global peut être analysé en deux étapes. D'abord, j'examinerai le contexte général, c.-à-d. le cadre législatif dans lequel s'inscrit la disposition litigieuse. Ensuite, j'étudierai le contexte externe, lequel consiste en la preuve extrinsèque relative aux circonstances historiques de l'adoption du par. 5(1.1) et de son application actuelle (voir Sullivan, p. 260-262; *Marche*, par. 66). 125

Contrairement au juge Binnie, j'affirme que, considéré dans son contexte global, le par. 5(1.1) s'applique à Biolyse. 126

a) *Le contexte général : le cadre législatif*

Le contexte général dans lequel s'inscrit la disposition contestée comporte trois textes législatifs qui retiennent l'attention de la Cour : (1) le *Règlement sur les aliments et drogues*; (2) la *Loi sur les brevets*; et (3) le *Règlement ADC*. J'examinerai attentivement ces textes législatifs en accordant, pour des raisons évidentes, une attention particulière aux deux derniers. 127

Lorsqu'elle analyse le cadre législatif, la Cour tente de découvrir de quelle façon les dispositions ou les parties des divers lois et règlements interagissent pour mettre à exécution un plan plausible et cohérent : voir Sullivan, p. 284. Œuvre d'un gouvernement rationnel, le *Règlement ADC* est censé faire partie d'un système, chaque élément contribuant à l'ensemble (voir Côté, p. 388; *Marche*, par. 72). On ne peut pas critiquer le cadre général mis en place sous prétexte de se livrer à une « analyse 128

values one favours. The examination of the broader context should be executed objectively in order to avoid a distorted application of the intention of the legislator (or Governor in Council).

(i) *Food and Drug Regulations*

129 The *Food and Drug Regulations* are intrinsically linked to the *NOC Regulations* given the usage in the latter of the instrument called the "notice of compliance" first introduced as a notice issued by the Minister under s. C.08.004 of the *Food and Drug Regulations*.

130 On the one hand, for new product developers, s. C.08.002(2) of the *Food and Drug Regulations* sets out the requirements for an approval by way of a NDS. The innovative developer must show safety and effectiveness in humans by the submission of evidence of clinical testing. On the other hand, for generic manufacturers, s. C.08.002.1 of the *Food and Drug Regulations* sets out the requirements for an approval by means of the shorter ANDS. The generic manufacturer must only show that its product is bioequivalent or is the pharmaceutical equivalent to a Canadian reference product for which safety and efficacy have already been demonstrated and that the route of administration and the conditions of use of the new drug is the same as that of the Canadian reference product.

131 Further, s. C.08.003(1) provides that a supplement to a NDS or a supplement to an ANDS needs to be filed with the Minister where there have been changes to a new drug (for which a notice of compliance has been issued) in respect of specified matters such as the description, the brand name, the name of the manufacturer, the specifications of ingredients, the methods of manufacture, the labels used, the representations made, the recommended route of administration, the dosage and similar matters.

132 The *Food and Drug Regulations* differ greatly from the *NOC Regulations*, and more specifically s. 5(1.1). I will address these differences later.

contextuelle » et ensuite appliquer les valeurs contextuelles que l'on préconise. L'examen du contexte général devrait se faire de façon objective pour éviter de dénaturer l'intention du législateur (ou du gouverneur en conseil).

(i) *Règlement sur les aliments et drogues*

Le *Règlement sur les aliments et drogues* est intrinsèquement lié au *Règlement ADC* en ce que ce dernier prévoit le recours à l'instrument appelé « avis de conformité » dont le *Règlement sur les aliments et drogues* avait d'abord prévu la délivrance par le ministre en vertu de l'art. C.08.004.

D'une part, en ce qui concerne les concepteurs de nouveaux produits, le par. C.08.002(2) du *Règlement sur les aliments et drogues* énonce les conditions d'obtention d'une autorisation par voie d'une PDN. La société innovatrice doit démontrer l'innocuité et l'efficacité de son produit pour l'être humain par la présentation d'une preuve sous forme d'essai clinique. D'autre part, pour ce qui est des fabricants de produits génériques, l'art. C.08.002.1 du *Règlement sur les aliments et drogues* énonce les conditions d'obtention d'une autorisation au moyen d'une PADN. Le fabricant de produits génériques n'a qu'à démontrer que son produit est bioéquivalent au produit de référence canadien dont l'innocuité et l'efficacité ont déjà été démontrées, ou qu'il en est l'équivalent pharmaceutique, et qu'il présente la même voie d'administration et les mêmes conditions d'usage que le produit de référence canadien.

En outre, le par. C.08.003(1) prévoit qu'un supplément à la PDN, ou un supplément à la PADN, doit être déposé auprès du ministre lorsque certains éléments précis de la drogue nouvelle (à l'égard de laquelle un ADC a été délivré) ont été modifiés, tels que sa description, sa marque nominative, le nom du fabricant, les spécifications de ses ingrédients, les méthodes de fabrication, les étiquettes à utiliser, les observations faites, la voie d'administration recommandée, la posologie et d'autres éléments semblables.

Le *Règlement sur les aliments et drogues* diffère grandement du *Règlement ADC*, et plus particulièrement du par. 5(1.1). Je traiterai de ces différences ultérieurement.

(ii) *Patent Act*

The granting of a patent in Canada can be compared to a contract between the Government of Canada, the general public, and the patentee. S. B. Garland and J. E. Want, in their article "The Canadian Patent System: An Appropriate Balance Between the Rights of the Public and the Patentee" (1999), 16 *C.I.P.R.* 43, discuss the policy values underlying the Canadian patent system:

> It is well understood that in Canada the grant of a patent is akin to a contract or bargain between the patentee on the one hand and the government of Canada (representing the interests of the general public) on the other. The patentee receives the grant of an exclusive right to use the patented invention in Canada for a specific period of time in return for fully disclosing the invention to the public by way of the patent specification. [p. 43]

H. G. Fox, in his oft-cited text *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4th ed. 1969), indicates at p. 163:

> The grant of a patent is in the nature of a bargain between the inventor on the one hand and the Crown, representing the public, on the other hand. The consideration for the grant is double: first, there must be a new and useful invention, and secondly, the inventor must, in return for the grant of a patent, give to the public an adequate description of the invention with sufficiently complete and accurate details as will enable a workman, skilled in the art to which the invention relates, to construct or use that invention when the period of the monopoly has expired. The function of the description contained in the specification is both to enable the construction and use of the devices contained therein after the expiry of the patent, and also to enable others to ascertain with some measure of exactness the boundaries of the exclusive privilege upon which they may not trespass during the existence of the grant.

In Canada, the patent right and its protection against infringement are based entirely in the *Patent Act*. Sections 54 and 55 of the *Patent Act* permit a person to bring an action for infringement of a patent against another person. This action for what has been described as a statutory tort (see *Gerber Garment Technology Inc. v. Lectra Systems Ltd.*, [1997] R.P.C. 443 (Eng. C.A.), at p. 452) is not without its exceptions. Under s. 55.2(1), reproduced in the

(ii) *Loi sur les brevets*

133 Au Canada, l'octroi d'un brevet peut se comparer à un contrat entre le gouvernement du Canada, l'ensemble de la population et le breveté. Dans leur article « The Canadian Patent System : An Appropriate Balance Between the Rights of the Public and the Patentee » (1999), 16 *R.C.P.I.* 43, S. B. Garland et J. E. Want traitent des considérations d'intérêt public qui sous-tendent le régime canadien des brevets :

> [TRADUCTION] Il est reconnu qu'au Canada, l'octroi d'un brevet s'apparente à un contrat ou à un marché entre le breveté, d'une part, et le gouvernement du Canada (représentant les intérêts de l'ensemble de la population) de l'autre. Le breveté se voit accorder le droit exclusif d'utiliser l'invention brevetée au Canada pendant une période déterminée en échange de la divulgation intégrale de son invention au public au moyen du mémoire descriptif du brevet. [p. 43]

Dans son ouvrage fréquemment cité, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4e éd. 1969), H. G. Fox indique ce qui suit, à la p. 163 :

> [TRADUCTION] L'octroi d'un brevet s'apparente à un marché entre l'inventeur d'une part, et l'État, représentant le public, d'autre part. L'octroi est accordé pour une double considération : d'abord, il doit y avoir une invention nouvelle et utile, et deuxièmement, en échange de l'octroi d'un brevet, l'inventeur doit donner au public une description adéquate de l'invention avec des détails suffisamment complets et exacts pour permettre à un ouvrier versé dans l'art auquel se rapporte l'invention de construire ou d'utiliser l'invention quand sera terminée la période de monopole. La description contenue dans le mémoire descriptif a pour fonction de permettre la construction et l'utilisation des dispositifs qu'il contient après l'expiration du brevet, et aussi de permettre aux autres de connaître avec une certaine exactitude les frontières du privilège exclusif sur lesquelles ils ne peuvent pas empiéter tant que l'octroi est valide.

134 Au Canada, le droit de brevet et la protection qu'il assure contre la contrefaçon reposent entièrement sur la *Loi sur les brevets*. Les articles 54 et 55 de la *Loi sur les brevets* permettent à quiconque d'intenter une action en contrefaçon de brevet contre une autre personne. Ce recours contre ce qui a été décrit comme un délit par voie législative (voir *Gerber Garment Technology Inc. c. Lectra Systems Ltd.*, [1997] R.P.C. 443 (C.A. Angl.), p. 452)

Appendix, the legislator has created an exception, known as the "early working" exception, by which companies can make use of patents in conducting studies, such as clinical trials to obtain approval for their product from an appropriate government authority as required by a regulatory scheme such as the *Food and Drug Regulations*. Thus, it permits utilization of the rights under a patent for the benefit of permitting an earlier launch of second entry products after expiry of any relevant patent. When first introduced, s. 55.2 contained a second exception (s. 55.2(2)) which permitted a person to stockpile patented products during the final six months of the term of the patent, provided that such articles were intended for sale after the expiry of the patent. This "stockpiling" provision was repealed in 2001 following a decision by the World Trade Organization in which it concluded that this exception violated the terms of the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, 1869 U.N.T.S. 299 (see WTO, Report of the Panel, "Canada — Patent Protection of Pharmaceutical Products", WTO Doc. WT/DS114/R, March 17, 2000). Section 55.2 sets forth an equilibrium between the protection of patentees' rights and the exemption from infringement for manufacturers that have to make use of patents in conducting studies, such as clinical trials.

135 Nevertheless, in a clear attempt to contain and circumscribe the above exception, Parliament authorized the Governor in Council in s. 55.2(4) to make regulations which it considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subs. (1). E. Hore, in his article "The Notice of Compliance Regulations Under the Patent Act: The First Two Years" (1995), 12 *C.I.P.R.* 207, at p. 208, described the rationale for this section in the following manner:

> The wording in s. 55.2(4) is somewhat obscure: a person, by doing an act expressly stated not to be patent infringement obviously cannot, by doing it, be

comporte ses exceptions. En vertu du par. 55.2(1), reproduit à l'annexe, le législateur a créé une exception dite de « travaux préalables », qui permet aux sociétés d'utiliser des brevets dans le cadre de la réalisation de leurs études, par exemple pour les essais cliniques nécessaires à l'approbation de leur produit par l'autorité gouvernementale compétente que requiert une réglementation comme le *Règlement sur les aliments et drogues*. Cette exception permet donc d'user des droits conférés par un brevet pour permettre le lancement anticipé de produits génériques après l'expiration des brevets en cause. Au moment de son adoption, l'art. 55.2 comportait une deuxième exception (par. 55.2(2)) qui permettait à quiconque d'emmagasiner des produits brevetés dans les six mois précédant l'expiration du brevet, à la condition que ces articles soient destinés à la vente après cette date. Cette disposition dite d'« emmagasinage » a été abrogée en 2001 à la suite d'une décision de l'Organisation mondiale du commerce concluant que cette exception contrevenait aux dispositions de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 1869 R.T.N.U. 332 (voir OMC, Rapport du Groupe spécial, « Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques », Doc. OMC WT/DS114/R, 17 mars 2000). L'article 55.2 établit un équilibre entre la protection des droits des brevetés et l'exception de contrefaçon offerte aux fabricants qui doivent utiliser les brevets pour réaliser des études, telles que des essais cliniques.

Cependant, dans une tentative évidente de limiter et de circonscrire l'exception susmentionnée, le Parlement a autorisé le gouverneur en conseil, aux termes du par. 55.2(4), à prendre les règlements qu'il estime nécessaires pour empêcher la contrefaçon d'un brevet par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens du par. (1). Dans son article « The Notice of Compliance Regulations Under the Patent Act : The First Two Years » (1995), 12 *R.C.P.I.* 207, p. 208, E. Hore explique de la façon suivante la raison d'être de cette disposition :

> [TRADUCTION] Le paragraphe 55.2(4) est plutôt obscur : en accomplissant un acte expressément décrit comme n'étant pas contrefaisant, une personne ne peut

infringing a patent. The thinking of the governor in council, it appears, must therefore have been that persons taking advantage of the two exceptions would, unless the NOC Regulations were enacted as a necessary safeguard, step beyond the exceptions, thus becoming infringers.

The power bestowed on the Governor in Council is very broad, as evidenced by the language of the section (see Appendix). Section 55.2(4) provides a mechanism by which the Governor in Council can continue to further the objective of the *Patent Act*: the prevention of patent infringements. As I will discuss in more detail below, the section at the heart of this dispute, s. 5(1.1) of the *NOC Regulations*, is a valid exercise of this power.

In addition, the *Patent Act*, pursuant to s. 55.2(5), provides for the supremacy of s. 55.2 over other statutes. This provision is used by BMS in its rebuttal.

Biolyse claims that there is a conflict between two "circles of context". Biolyse emphasizes that this Court, when balancing the concepts of competition and monopoly, should remember that competition is the norm and monopoly the exception. BMS retorts that Parliament, in s. 55.2(5) of the *Patent Act*, confirmed that the *NOC Regulations* enacted pursuant to the section must prevail over any other Act of Parliament. The Governor in Council knew what market forces were at play when it adopted its regulations.

(iii) *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*

Pursuant to the statutory power described above (s. 55.2(4)), the Governor in Council adopted the *NOC Regulations*. At the risk of repeating myself, these *Regulations* permit a patentee's competitor to do, without being liable for patent infringement, whatever is necessary to prepare an application to the competent government authority for the approval of a patented article: R. H. Barrigar, *Canadian Patent Act annotated* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. PA-232.1.

It is now well established that the objective of the *NOC Regulations* is to provide further

évidemment pas, ce faisant, contrefaire un brevet. Il semble donc que le gouverneur en conseil a estimé que les personnes se prévalant des deux exceptions en outrepasseraient les limites, devenant ainsi des contrefacteurs, à moins que le Règlement ADC ne soit pris comme mesure de protection nécessaire.

136 Le pouvoir accordé au gouverneur en conseil est très étendu, comme en témoignent les termes de la disposition (voir l'annexe). Le paragraphe 55.2(4) prévoit un mécanisme qui permet au gouverneur en conseil de poursuivre l'atteinte de l'objet de la *Loi sur les brevets* : prévenir la contrefaçon des brevets. Comme je le préciserai ci-après, la disposition au cœur de ce litige, le par. 5(1.1) du *Règlement ADC* constitue un exercice valide de ce pouvoir.

137 En outre, le par. 55.2(5) de la *Loi sur les brevets* établit la primauté du par. 55.2 sur les autres textes législatifs. Cette disposition est invoquée par BMS dans sa réponse.

138 Biolyse soutient qu'il y a conflit entre deux « cercles contextuels ». Elle souligne que, lorsqu'elle met en équilibre les notions de concurrence et de monopole, cette Cour doit se rappeler que la concurrence est la norme, et le monopole, l'exception. BMS rétorque qu'au par. 55.2(5) de la *Loi sur les brevets*, le législateur a confirmé que le *Règlement ADC* pris en application de la disposition a préséance sur toute autre loi du Parlement. Le gouverneur en conseil savait quelles forces du marché étaient en jeu lorsqu'il a pris son règlement.

(iii) *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*

139 En vertu du pouvoir de réglementation susmentionné (par. 55.2(4)), le gouverneur en conseil a pris le *Règlement ADC*. Au risque de me répéter, ce règlement permet au concurrent d'un breveté de faire ce qui est nécessaire, sans se rendre coupable de contrefaçon, pour préparer à l'intention de l'autorité gouvernementale compétente une demande d'approbation d'un article breveté : R. H. Barrigar, *Canadian Patent Act annotated* (2e éd. (feuilles mobiles)), p. PA-232.1.

140 Il est maintenant bien établi que l'objet du *Règlement ADC* est d'assurer une protection

protection to owners of patents regarding medicines: *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 84 C.P.R. (3d) 492 (F.C.T.D.), at para. 2, aff'd (2000), 8 C.P.R. (4th) 48 (F.C.A.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (F.C.A.) ("*Merck 1994*"), at p. 314; *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, at para. 6; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193 ("*Merck 1998*"), at para. 30; Hore, at p. 208.

141 Consequently, in 1993, with the abolition of compulsory licenses for patented medicines and the enactment of the *NOC Regulations*, the Governor in Council provided the patentee with additional methods of protecting private commercial patent rights:

> With the abolition of compulsory licenses for patented medicines, it remains open to medical patentees to sue any infringing user of its patents, and to seek interlocutory injunctions pending the trial of such actions. In addition to this means for patentees to protect their patents, the Governor in Council in 1993 adopted the Regulations which provide patentees with a more direct and easier method of blocking possible infringement: by seeking an order of prohibition against the Minister preventing him from allowing another alleged user of the patented medicine to market the allegedly infringing product. Thus the Minister's authority to refuse a notice of compliance, originally designed to protect the personal health of Canadians, has been harnessed to protect the financial health of drug patentees. Whatever the public policy merits of this, it must be seen as an extraordinary means of providing interim protection to patentees by which a competitor can be blocked from marketing for 30 months by the simple expedient of the patentee filing an application in the Trial Division for prohibition. [Emphasis added.]
>
> (*Merck Frosst Canada Inc. v. Apotex Inc.*, [1997] 2 F.C. 561 (C.A.), at para. 7)

142 I will now examine each of the sections that form an important part of the general scheme of the *NOC Regulations* (see *Hughes and Woodley on Patents*

supplémentaire aux titulaires de brevets afférents à des médicaments : *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] A.C.F. nº 1882 (QL) (1re inst.), par. 2, conf. par [2000] A.C.F. nº 1028 (QL) (C.A.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1994] A.C.F. nº 662 (QL) (C.A.) (« *Merck 1994* »), par. 6; *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, par. 6; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193 (« *Merck 1998* »), par. 30; Hore, p. 208.

Par conséquent, en 1993, à la suite de l'abolition des licences obligatoires en matière de médicaments brevetés et de l'adoption du *Règlement ADC*, le gouverneur en conseil a offert au breveté d'autres moyens de protéger les droits que lui confèrent les brevets commerciaux privés :

> Depuis l'abolition des licences obligatoires en matière de médicaments brevetés, il demeure loisible au titulaire d'un brevet afférent à un médicament de poursuivre toute personne qui contrefait son brevet et de demander une injonction interlocutoire valable jusqu'à l'instruction de l'action. Outre ce mode de protection du brevet conféré au breveté, le gouverneur en conseil a pris, en 1993, des dispositions réglementaires qui offrent au breveté un moyen plus direct et plus facile de faire obstacle à la contrefaçon éventuelle : une demande en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre d'autoriser un autre usager présumé du médicament breveté de mettre en marché le produit qui emporterait contrefaçon. Ainsi, le pouvoir du ministre de refuser de délivrer un avis de conformité, qui visait initialement à protéger la santé individuelle des Canadiens, sert dorénavant à protéger les intérêts financiers des titulaires de brevets portant sur des médicaments. Quel que soit le bien-fondé de cette mesure sur le plan de l'intérêt public, il s'agit d'un moyen extraordinaire permettant à un breveté d'empêcher un concurrent, pendant une période de protection provisoire de 30 mois, de mettre un médicament en marché et ce, simplement en saisissant la Section de première instance d'une demande d'interdiction. [Je souligne.]
>
> (*Merck Frosst Canada Inc. c. Apotex Inc.*, [1997] 2 C.F. 561 (C.A.), par. 7)

J'examine maintenant chacune des dispositions qui forment une partie importante du cadre général du *Règlement ADC* (voir *Hughes and Woodley on*

(loose-leaf ed.), at pp. 381-18 and 381-19; Hore, at pp. 209-11).

A preliminary remark is however warranted. While it was open to the Governor in Council, when these *NOC Regulations* were adopted, to use the same language as in the *Food and Drug Regulations*, that was not done. Broader language was used. The *NOC Regulations* do not refer to a NDS, or an ANDS, or a supplement, but simply to a "submission". Furthermore, two new concepts were introduced by the *NOC Regulations*, "first person" and "second person". As we will see, this puts into question Biolyse's contention that s. 5(1.1) only applies to an ANDS and not a NDS.

Section 4 allows an originating manufacturing company, i.e., a first person, who files a submission for, or has been issued, a NOC to submit to the Minister a patent list. Pursuant to ss. 4(4) and 4(6), a first person may also add a patent to an existing patent list.

Section 5, the contentious provision in this case, applies to what has been labelled "the second person". An amendment to the patent list by the first person, after the second person files a submission for a NOC, but before the NOC is issued, will affect the submissions of the second person (s. 5(2)). When a second person makes an allegation pursuant to s. 5(1)(*b*) or s. 5(1.1)(*b*), for example, claiming that the patent is not valid, this person has the obligation, under s. 5(3), to serve a NOA. This notice fulfills a crucial role. It advises and alerts first entry manufacturers (innovators) of possible infringement of their patents. Subsequently, pursuant to s. 7(1)(*b*), the Minister cannot issue a NOC to a second person before the second person complies with s. 5.

Following the receipt of a NOA, the first person has the right to apply to a court for an order prohibiting the Minister from issuing a NOC (s. 6(1)). This last step has been addressed by this Court in the past and consumes a great part of Binnie J.'s reasons in this case. While the 24-month stay has been

Patents (feuilles mobiles), p. 381-18 et 381-19; Hore, p. 209-211).

143 Une remarque préliminaire s'impose toutefois. Bien qu'il ait été loisible au gouverneur en conseil, lors de la prise de ce *Règlement ADC*, d'adopter le même libellé que le *Règlement sur les aliments et drogues*, il ne l'a pas fait. Il a opté pour une formulation plus générale. Le *Règlement ADC* ne parle pas de PDN, de PADN ou de supplément, mais simplement de « demande ». Il introduit en outre deux nouvelles notions : la « première personne » et la « seconde personne ». Comme nous le verrons, cela met en question la prétention de Biolyse selon laquelle le par. 5(1.1) ne s'applique qu'à la PADN et non à la PDN.

144 L'article 4 autorise le fabricant de produits d'origine, c.-à-d. la première personne, qui dépose une demande d'ADC ou qui a obtenu un tel avis, à soumettre au ministre une liste de brevets. Conformément aux par. 4(4) et 4(6), la première personne peut aussi ajouter un brevet à une liste existante.

145 L'article 5, la disposition litigieuse en l'espèce, s'applique à celle qu'on a appelée « la seconde personne ». Une modification apportée à la liste des brevets par la première personne, après le dépôt de la demande d'ADC par la seconde personne mais avant la délivrance de cet avis, aura une incidence sur les demandes de la seconde personne (par. 5(2)). Lorsque la seconde personne fait une allégation visée par les al. 5(1)*b*) ou 5(1.1)*b*) en prétendant, par exemple, que le brevet n'est pas valide, cette personne doit, en vertu du par. 5(3), signifier un avis d'allégation (« ADA »). Cet avis joue un rôle crucial. Il informe et prévient les fabricants de produits d'origine (les innovateurs) de la possible contrefaçon de leurs brevets. Par la suite, conformément à l'al. 7(1)*b*), le ministre ne peut délivrer un ADC à la seconde personne avant qu'elle ne se conforme à l'art. 5.

146 Après avoir reçu un ADA, la première personne peut demander au tribunal de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un ADC (par. 6(1)). La Cour a déjà examiné cette dernière mesure et le juge Binnie y consacre une grande partie de ses motifs en l'espèce. Si la Cour a reconnu la validité

qualified in the past by this Court as "draconian", though valid (*Merck 1998*, at para. 33), it is not at issue in the present situation and should play no role in the disposition of this appeal. In fact, in the case at bar, by convincing the Minister to issue a NOC, Biolyse has effectively bypassed the NOA procedure and the statutory prohibition enacted in the *NOC Regulations*. Notwithstanding that, the 24-month stay is a subsequent step of the regulatory scheme which is not before this Court, but more importantly is not in any way relevant to the construction of s. 5(1.1).

(iv) Relationship Between Patent Protection and Health Considerations

147 The relationship between the patent-related review and the health/public safety review required to be made for a drug sought to be marketed in Canada was described by the Federal Court of Appeal in *Reference re: Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, at para. 4, as follows:

> The *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* recently adopted pursuant to the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, ought not to be interpreted rigidly, without regard to their true intent and scope. The judicial process they introduced a few years ago following the abolition of the compulsory licensing system, with a view to bringing some protection to patent holders whose proprietary rights might be inadvertently but too easily affected, is separate and distinct from the long-standing administrative process imposed by the *Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870, adopted pursuant to the *Food and Drugs Act*, whose purpose is to satisfy the requirements of safety and efficacy. Of course, both processes can only be triggered by a drug manufacturer who contemplates marketing a new product. But nothing requires that they be both set in motion at the same time. The judicial process has nothing to do with the administrative one and vice versa. These are parallel processes. Matching them is achieved only through their results: the Minister cannot issue a NOC without regard to the findings established by the two processes.

148 Therefore, the complete scheme imposes two parallel processes linked by the "NOC": (1) an

du délai d'interdiction de 24 mois en le qualifiant de « draconien » (*Merck 1998*, par. 33), cette interdiction n'est pas en litige en l'espèce et ne devrait jouer aucun rôle dans l'issue du présent pourvoi. D'ailleurs, dans la présent affaire, en convaincant le ministre de délivrer un ADC, Biolyse a effectivement contourné la procédure d'ADC et l'interdiction légale prévues au *Règlement ADC*. Malgré cela, le délai d'interdiction de 24 mois est une mesure subséquente établie par le régime réglementaire qui n'est pas en litige devant la Cour et qui, surtout, n'est en aucun cas pertinente pour l'interprétation du par. 5(1.1).

(iv) Rapport entre la protection par brevet et les considérations liées à la santé

Le rapport entre l'examen relatif aux brevets et l'examen relatif à la santé et à la sécurité du public qui doivent être effectués à l'égard d'une drogue que l'on cherche à commercialiser au Canada a été décrit de la façon suivante par la Cour d'appel fédérale dans *Renvoi concernant une question portant sur l'application de l'art. 7 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, par. 4 :

> Le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* qui a récemment été pris en application de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, ne doit pas être interprété de façon rigide, sans tenir compte de son intention et de sa portée véritables. Le processus judiciaire qu'il a instauré il y a quelques années à la suite de l'abolition du système de licences obligatoires en vue d'accorder une certaine protection aux titulaires de brevets dont les droits de propriété risquaient d'être violés trop facilement, bien que par inadvertance, est distinct du processus administratif de longue date qui est prescrit par le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, qui a été pris en application de la *Loi sur les aliments et drogues* et qui vise à satisfaire à certaines exigences en matière d'innocuité et d'efficacité. Certes, les deux processus ne peuvent être déclenchés que par un fabricant de médicaments qui envisage de commercialiser un nouveau produit. Mais rien n'exige qu'ils soient mis en branle simultanément. Le processus judiciaire n'a rien à voir avec le processus administratif et vice-versa. Ce sont des processus parallèles. Ils ne se recoupent que sur le plan de leurs résultats : le ministre ne peut délivrer un avis de conformité sans tenir compte de l'issue des deux processus.

Par conséquent, le régime complet établit deux processus parallèles unis par l'« ADC » : (1) un

administrative procedure designed to ensure safety and efficacy; and (2) a judicial procedure designed to protect the interests of patent holders. The matching of these processes is achieved only through their application and the two results obtained (see *Hughes and Woodley on Patents*, at p. 381-17; *Merck 1999*, at para. 54).

Hugessen J.A. in *Merck 1994*, at p. 304, commented on the interaction between the *NOC Regulations* and the *Food and Drug Regulations*:

In large measure, the difficulty is due to the fact that those regulations, whose clear intention is to facilitate the protection of privative commercial patent rights, have been grafted onto a regulatory scheme, the *Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870, as amended, whose sole purpose is the protection of public health and safety. The union is not a happy one.

(v) Concluding Remarks Regarding the Context

At the end of this first contextual analysis, it is important to reiterate the objective sought, which is "to interpret statutory provisions to harmonize the components of legislation inasmuch as is possible, in order to minimize internal inconsistency": *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at p. 689. The above instruments are not just three independent pieces of legislation; they each form part of this bigger purposively put-together system. This aspect is critical to the interpretation exercise and deserves particular attention:

The fundamental presumption underlying scheme analysis is that modern legislation (unlike much early legislation) is not just a series of rules. It typically includes a mix of interpretation provisions, application provisions, office- and institution-establishing provisions, power conferring provisions, dispute resolution provisions and transitional provisions as well as traditional prohibitions and entitlements, all of which are meant to operate together in a particular institutional setting. Much modern regulatory legislation is lengthy and complex, and the schemes can be difficult to master. However, once mastered such schemes often point quite clearly to the interpretation that gives effect to the legislature's intention.

(Sullivan, at p. 285)

processus administratif visant à assurer l'innocuité et l'efficacité; et (2) un processus judiciaire destiné à protéger les droits des titulaires de brevet. Ces processus ne se recoupent que sur le plan de leur application et de leurs résultats (voir *Hughes et Woodley on Patents*, p. 381-17; *Merck 1999*, par. 54).

149 Dans *Merck 1994*, par. 1, le juge d'appel Hugessen a tenu les propos suivants quant à l'interaction entre le *Règlement ADC* et le *Règlement sur les aliments et drogues* :

La difficulté tient dans une large mesure au fait que ce règlement, qui a visiblement pour objet de faciliter la protection des droits commerciaux privés en matière de brevets, a été greffé sur un autre ensemble réglementaire, le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C. 1978, ch. 870, qui a pour seul objet la protection de la santé et de la sécurité du public. Cette union n'est pas des plus heureuses.

(v) Remarques finales concernant le contexte

150 À l'issue de cette première analyse contextuelle, il importe de réitérer l'objet recherché qui consiste « à interpréter les dispositions législatives de façon à en harmoniser le plus possible les éléments et à éviter les incohérences internes » : *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, p. 689. Les instruments susmentionnés ne sont pas seulement trois textes législatifs indépendants; chacun d'eux fait partie de ce vaste système établi en fonction de l'objet recherché. Cet aspect, essentiel à l'exercice d'interprétation, mérite une attention particulière :

[TRADUCTION] La présomption fondamentale sur laquelle repose l'analyse contextuelle veut que les lois modernes (contrairement aux toutes premières lois) ne sont pas simplement une série de règles. Outre les droits et les interdictions classiques, elles comportent d'ordinaire un ensemble de dispositions traitant de l'interprétation, des demandes, de la constitution de bureaux et d'établissements, de l'attribution de pouvoirs, du règlement des conflits et des mesures transitoires, le tout conçu pour interagir dans un contexte institutionnel particulier. Les plus récents textes réglementaires sont exhaustifs et complexes, et en maîtriser l'esprit peut se révéler difficile. Une fois maîtrisé cependant, cet esprit indique souvent très clairement l'interprétation qui traduit l'intention du législateur.

(Sullivan, p. 285)

151 In light of the above, I am of the view that the attempt by Biolyse to restrict the circumstances under which a NOA must be sent cannot possibly be in accordance with the purpose of s. 55.2 and the *NOC Regulations*, which is to protect the rights of patent holders.

152 I cannot envision why s. 5(1.1) would not be a proper exercise of the purpose and power conferred to the Governor in Council under s. 55.2(4): s. 5(1.1) strives to stop a second entry manufacturer from circumventing the *NOC Regulations* by forcing it to address the question of infringement pursuant to the scheme of the *NOC Regulations*.

153 The ordinary meaning of s. 5(1.1) is consistent not only with the purpose of the *NOC Regulations* but also with the purpose of s. 55.2 of the *Patent Act*. It fits properly in the scheme contemplated by the government.

(b) *External Context: Legislative History*

154 Legislation and regulation are a response to circumstances in the real world and necessarily operate within an evolving set of institutions and relationships: Sullivan, at pp. 260-61. Tracing the evolution of legislation from its inception, through successive amendments to its current form, may reveal a gradual trend or evolution in legislative policy or it may reveal that the original purpose of legislation has remained constant in spite of the amendments: Sullivan, at pp. 218 and 471-72. "Prior enactments may throw some light on the intention of Parliament in repealing, amending, replacing or adding to a statute": *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56, at para. 33; *Marche*, at para. 99.

155 Before embarking on the examination of the history of s. 5 of the *NOC Regulations*, I would like to briefly comment on the use of a specific extrinsic aid relied on by the parties to determine the intention of the Governor in Council: the Regulatory Impact

Au vu de ce qui précède, j'estime que la tentative de Biolyse pour limiter les circonstances dans lesquelles il faut envoyer un ADA ne saurait s'harmoniser avec l'objet de l'art. 55.2 et du *Règlement ADC*, lequel consiste à protéger les droits des titulaires de brevet.

Je ne peux envisager pourquoi le par. 5(1.1) ne serait pas le résultat de l'exercice légitime du pouvoir conféré au gouverneur en conseil aux termes du par. 55.2(4) et n'en respecterait pas l'objet : le paragraphe 5(1.1) vise à empêcher le fabricant de produits génériques de contourner le *Règlement ADC* en l'obligeant à régler la question de la contrefaçon conformément au régime que prévoit le *Règlement ADC*.

Le sens ordinaire du par. 5(1.1) est compatible non seulement avec l'objet du *Règlement ADC*, mais également avec l'objet de l'art. 55.2 de la *Loi sur les brevets*. Il cadre parfaitement avec le régime envisagé par le gouvernement.

b) *Contexte externe : historique législatif*

Les lois et les règlements répondent aux situations de la réalité et s'appliquent nécessairement dans un contexte où les institutions et les rapports sont en constante évolution : Sullivan, p. 260-261. Retracer l'évolution de la loi, depuis sa création jusqu'à sa forme actuelle en passant par ses modifications successives, peut révéler une tendance ou une évolution graduelle dans la politique législative de même que l'objet initial de la loi et démontrer que cet objet est demeuré inchangé en dépit des modifications qui ont été apportées : Sullivan, p. 218 et 471-472. « Les textes antérieurs sont de nature à jeter de la lumière sur l'intention qu'avait le législateur en les abrogeant, les modifiant, les remplaçant ou y ajoutant » : *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56, par. 33; *Marche*, par. 99.

Avant d'examiner l'historique de l'art. 5 du *Règlement ADC*, je tiens à formuler quelques commentaires sur l'utilisation d'une aide extrinsèque précise invoquée par les parties pour déterminer l'intention du gouverneur en conseil : le Résumé de

Analysis Statement ("RIAS"). Biolyse expressed some uncertainty about whether this Court should consider or give weight to such extrinsic aids. I am of the view that these doubts are unsubstantiated.

It has long been established that the usage of admissible extrinsic sources regarding a provision's legislative history and its context of enactment could be examined. I held in *Francis v. Baker*, at para. 35, that "[p]roper statutory interpretation principles therefore require that all evidence of legislative intent be considered, provided that it is relevant and reliable." Consequently, in order to confirm the purpose of the impugned regulation, the intended application of an amendment to the regulation or the meaning of the legislative language, it is useful to examine the RIAS, prepared as part of the regulatory process (see Sullivan, at pp. 499-500). McGillis J. in *Merck 1999*, at para. 51, indicated:

> ... a Regulatory Impact Analysis Statement, which accompanies but does not form part of the regulations, reveals the intention of the government and contains ". . . information as to the purpose and effect of the proposed regulation".

The use of the RIAS to determine both the purpose and the intended application of a regulation has been frequent in this Court and others, and this across a wide range of interpretive settings: see, e.g., *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, at pp. 352-53; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at paras. 63-64; *Merck 1999*, at para. 51; *AstraZeneca*, at para. 23; *Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293 (F.C.A.), at para. 10.

Binnie J. refers in his analysis (at para. 47) to the WTO Report in order to decipher the object of the *NOC Regulations*. More specifically, he refers to Canada's submissions to the WTO in the context of the complaint made by the European Communities. In my respectful view, no weight should be accorded to such evidence given that it was presented in the context of international litigation occurring long after the *NOC Regulations* and

l'étude d'impact de la réglementation (« REIR »). Biolyse a exprimé son incertitude quant à savoir si la Cour devrait tenir compte de ce type d'aide extrinsèque ou y attacher de l'importance. J'estime que ces doutes ne sont pas fondés.

156 Il est depuis longtemps établi que la Cour peut examiner les sources extrinsèques admissibles concernant l'historique législatif d'une disposition et le contexte dans lequel elle a été adoptée. Dans l'arrêt *Francis v. Baker*, par. 35, j'ai conclu que « [l]es principes applicables d'interprétation des lois exigent donc que tous les éléments de preuve relatifs à l'intention du législateur soient pris en considération, à condition qu'ils soient pertinents et fiables. » Par conséquent, dans le but de confirmer l'objet du règlement contesté, l'application envisagée d'une modification du règlement ou le sens du langage législatif, il est utile d'examiner le REIR préparé dans le cadre du processus réglementaire (voir Sullivan, p. 499-500). Dans *Merck 1999*, par. 51, la juge McGillis a dit ce qui suit :

> ... le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation qui accompagne le règlement sans toutefois en faire partie révèle les intentions du législateur et renferme des « renseignements sur l'objet et l'effet du règlement proposé ».

157 Notre Cour et d'autres tribunaux ont fréquemment utilisé le REIR pour déterminer l'objet d'un règlement et son application envisagée et ce, dans divers contextes : voir, p. ex., *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, p. 352-353; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, par. 63-64; *Merck 1999*, par. 51; *AstraZeneca*, par. 23; *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. nº 826 (QL) (C.A.), par. 10.

158 Dans son analyse (au par. 47), le juge Binnie renvoie au rapport de l'OMC afin de cerner l'objet du *Règlement ADC*. Plus précisément, il cite les observations formulées par le Canada à l'intention de l'OMC dans le cadre d'une plainte déposée par les Communautés européennes. À mon humble avis, il ne faut accorder aucune importance à cet élément de preuve puisqu'il a été soumis dans le cadre d'un litige international survenu longtemps

pertinent legislation were enacted. It says nothing of legislative context.

159 In the present case, the history of the impugned provision can be divided in two time periods: the period prior to the 1999 amendment, and the period following the 1999 amendment. The evolution of s. 5(1.1) demonstrates how the government was active in its efforts to transform and broaden the provision.

(i) Pre-1999

160 As discussed earlier, in 1993, following the abolition of the compulsory licensing system of drug patents, the government first enacted the *NOC Regulations* in order to protect the rights of patentees by preventing generic manufacturers from marketing their drugs until the expiry of all relevant patents (see *Merck 1999*, at para. 51; M. Smith, *Patent Protection for Pharmaceutical Products in Canada — Chronology of Significant Events* (March 30, 2000)). The RIAS accompanying the *NOC Regulations* explained the reasons for this new regulatory scheme:

> Under the status quo patentees have the right to pursue patent infringement actions in the courts to obtain interlocutory relief and to be compensated in damages if an injunction is not granted and it turns out that there was infringement. As a general rule, judicial remedies are sufficient to address patent infringement. However, with the enactment of Bill C-91 the government has created an exception to patent infringement allowing generic competitors to undertake any activities necessary to work up a submission to obtain regulatory approval of a product. This removes a patent right that may have otherwise been available to patentees to prevent generic competitors from obtaining such regulatory approval of their products.
>
> These Regulations are needed to ensure this new exception to patent infringement is not abused by generic drug applicants seeking to sell their product in Canada during the term of their competitor's patent while nonetheless allowing generic competitors to undertake the regulatory approval work necessary to ensure they are in a position to market their products immediately after the expiry of any relevant patents.

après l'adoption de la loi applicable et la prise du *Règlement ADC*. Il ne révèle rien du contexte législatif.

En l'espèce, l'historique de la disposition contestée peut être divisé en deux périodes : la période qui a précédé la modification de 1999 et la période qui a suivi cette même modification. L'évolution du par. 5(1.1) démontre comment le gouvernement a activement tenté de transformer la disposition et d'en élargir la portée.

(i) Avant 1999

Rappelons qu'en 1993, à la suite de l'abolition du système de licences obligatoires en matière de médicaments brevetés, le gouvernement a pris le *Règlement ADC* afin de protéger les droits des brevetés en empêchant les fabricants de produits génériques de commercialiser leurs drogues avant l'expiration de tous les brevets en cause (voir *Merck 1999*, par. 51; M. Smith, *Protection des brevets pour les produits pharmaceutiques au Canada — Chronologie* (30 mars 2000)). Le REIR accompagnant le *Règlement ADC* explique les raisons pour lesquelles ce nouveau régime réglementaire a été créé :

> À l'heure actuelle, les titulaires d'un brevet ont le droit d'entamer des poursuites en contrefaçon dans le but d'obtenir un redressement interlocutoire ou des dommages-intérêts si aucune injonction n'est accordée et qu'on découvre par la suite qu'il y avait contrefaçon. En règle générale, les recours judiciaires suffisent pour régler les cas de contrefaçon. Toutefois, avec l'adoption du projet de loi C-91, le gouvernement fait une exception dans ce domaine en permettant aux fabricants de médicaments génériques d'entreprendre les démarches nécessaires pour obtenir l'approbation réglementaire d'un produit. Par conséquent, le titulaire d'un brevet perd un droit dont il aurait pu se prévaloir pour empêcher ses concurrents de faire approuver leurs produits.
>
> Le présent règlement est nécessaire si on veut éviter que cette nouvelle exception en matière de contrefaçon soit mal utilisée par les fabricants de produits génériques désireux de vendre leurs produits au Canada pendant que le brevet original est encore valide. En vertu du règlement, ces fabricants peuvent toutefois entreprendre les démarches nécessaires pour obtenir l'approbation réglementaire et ainsi commercialiser leurs produits dès que les brevets pertinents arrivent à expiration.

These Regulations together with subsection 55.2(1) will allow patentees to enjoy full patent protection while ensuring off-patented competitors will be able to enter the marketplace immediately upon the expiry of all patents pertaining to a medicine. [Emphasis added.]

(SOR/93-133, *Canada Gazette*, Part II, vol. 127, No. 6, at pp. 1387-88)

As has been consistently and properly affirmed by the courts, the only purpose of the *NOC Regulations* is to prevent patent infringement by protecting the research and development initiatives of innovator companies (see *Merck 1999*, at para. 53; *Nu-Pharm*, at para. 6; *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, at para. 9). As reflected in the *Patent Act*, the government chose to accord primacy to the protection of patent rights, but still permitted generic manufacturers to access the regulatory approval system.

When first promulgated in 1993, there was no s. 5(1.1) in the *NOC Regulations*. Section 5(1) read:

5. (1) Where a person files or, before the coming into force of these Regulations, has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and wishes to compare that drug with, or make reference to, a drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the patent list . . . .

At that time, there was no requirement that there be bioequivalence for a NOA to be sent, simply some comparison or reference to the first entry product.

In 1998, seeking to reduce unnecessary litigation, to streamline the process and to reinforce the balance between providing a mechanism for the effective enforcement of patent rights and ensuring that generic products enter the market as soon as possible, the Governor in Council amended the *NOC Regulations*. The stay preventing the Minister from issuing a NOC while patent issues are resolved was reduced to 24 months from the previous 30

Ce règlement et le paragraphe 55.2(1) favoriseront l'investissement dans le domaine de l'innovation parce qu'ils permettront aux titulaires d'un brevet de bénéficier de la protection complète conférée par les brevets tout en donnant aux concurrents la possibilité de mettre leurs produits sur le marché dès que les brevets pertinents seront arrivés à expiration. [Je souligne.]

(DORS/93-133, *Gazette du Canada*, partie II, vol. 127, nº 6, p. 1387-1388)

161 Comme les tribunaux l'ont constamment et justement affirmé, le *Règlement ADC* a pour seul objet d'empêcher la contrefaçon en protégeant les travaux de recherche et de développement des sociétés innovatrices (voir *Merck 1999*, par. 53; *Nu-Pharm*, par. 6; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, par. 9). Comme l'indique la *Loi sur les brevets*, le gouvernement a choisi d'accorder préséance à la protection des droits de brevet en continuant de permettre aux fabricants de produits génériques d'accéder au système d'approbation réglementaire.

162 Au moment de l'entrée en vigueur du *Règlement ADC* en 1993, le par. 5(1.1) n'en faisait pas partie. Le paragraphe 5(1) prévoyait ce qui suit :

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou, avant la date d'entrée en vigueur du présent règlement, a déposé une demande d'avis de conformité à l'égard d'une drogue et souhaite comparer cette drogue à une drogue qui a été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard duquel une liste de brevets a été soumise ou qu'elle souhaite faire un renvoi à la drogue citée en second lieu, elle doit indiquer sur sa demande, à l'égard de chaque brevet énuméré dans la liste . . .

L'envoi d'un ADA n'était alors pas subordonné à l'exigence d'une démonstration de bioéquivalence, mais simplement à l'exigence d'une comparaison ou d'un renvoi au nouveau produit.

163 En 1998, le gouverneur en conseil a modifié le *Règlement ADC* en vue de réduire le nombre de litiges inutiles, de rationaliser le processus et de renforcer l'équilibre entre l'assurance d'un mécanisme qui permet de faire véritablement respecter les droits conférés par les brevets et la garantie que les médicaments génériques soient commercialisés aussitôt que possible. La durée de la prohibition qui empêche le ministre de délivrer un ADC tant

months (s. 7(1)). Moreover, a clearer indication was given to the courts concerning the circumstances in which damages could be awarded to a second person to compensate for the loss suffered by reason of delayed market entry of its drug, and the factors that may be taken into account in calculating such damages (s. 8). However, s. 5(1), except for minor changes, remained the same:

5. (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and wishes to compare that drug with, or make reference to, another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug . . . .

(ii) Post-1999

164 In 1999, concerns were expressed surrounding attempts by second and subsequent entry manufacturers to creatively structure their new drug submissions to avoid the impact of the *NOC Regulations*. A proposed amendment was published in the *Canada Gazette*, Part I, July 31, 1999, at p. 2265. The proposed version reads as follows:

5. (1) If a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine found in another drug that is or has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent included on the register in respect of the other drug containing the medicine, where that drug has the same route of administration and a comparable strength and dosage form . . . .

165 Once again, this version did not contain a requirement of bioequivalence, nor did it require a comparison between drugs or a reference to another drug. To be caught by the section, the second person's product only needed to contain a medicine found in another drug which had the same route of

que les problèmes relatifs aux brevets ne sont pas réglés est passée de 30 mois à 24 mois (par. 7(1)). De plus, les tribunaux ont reçu des précisions en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles des dommages-intérêts peuvent être accordés à la seconde personne afin de la dédommager des pertes subies à cause du report de la mise en marché de sa drogue, de même qu'en ce qui concerne les facteurs dont ils peuvent tenir compte pour calculer ces dommages-intérêts (art. 8). Cependant, sous réserve de quelques changements mineurs, le par. 5(1) est resté le même :

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue et souhaite en faire la comparaison, ou faire renvoi, à une autre drogue qui a été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue . . .

(ii) Après 1999

En 1999, des préoccupations ont été exprimées à propos des tentatives par les deuxièmes fabricants et les fabricants subséquents de faire preuve d'imagination dans leurs présentations de drogue nouvelle pour échapper aux conséquences du *Règlement ADC*. Un projet de modification a été publié dans la *Gazette du Canada*, partie I, 31 juillet 1999, p. 2265. La version proposée est ainsi rédigée :

5. (1) La personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament que l'on trouve dans une autre drogue qui est ou a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un avis de conformité à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre visant cette autre drogue contenant ce médicament, lorsque celle-ci présente la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables . . .

Là encore, cette version n'exigeait pas la démonstration d'une bioéquivalence, pas plus qu'une comparaison entres certaines drogues ou un renvoi à une autre drogue. Pour que la disposition lui soit applicable, le produit de la seconde personne devait seulement contenir un médicament que l'on trouvait dans

administration and a comparable strength and dosage form.

Following the publication, the Governor in Council consulted a number of stakeholders. Representations were received from: the Canadian Drug Manufacturers Association and some of its member companies, Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies and some of its member companies, the Industrial Biotechnology Association, other drug manufacturers, the Animal Health Institute, the Intellectual Property Institute of Canada, the Consumers' Association of Canada, groups and associations representing senior citizens, and some members of Parliament (SOR/99-379, *Canada Gazette*, Part II, vol. 133, No. 21, at p. 2359). During the consultation period, the Governor in Council was made aware of the possibility of s. 5(1.1) applying to an innovator submitting a NDS without any bioequivalence. In fact, the evidence shows that one of the concerns brought forward by Industry Canada during the consultations was

that the current wording of Section 5(1.1) of the *Regulations* would mean that a second or subsequent entry manufacturer who had filed New Drug Submissions for a particular drug would have to send a Notice of Allegation to any first person who had submitted patent lists to the Minister even in circumstances where the second or subsequent entry manufacturer did not rely upon the first entry company to demonstrate bio-equivalence or bio-availability of its product. In other words, even when the New Drug Submission filed by the second or subsequent entry manufacturer was a "stand alone" New Drug Submission, and not an Abbreviated New Drug Submission current Section 5(1.1) of the *Regulations* would mean that the second or subsequent entry manufacturer would have to send a Notice of Allegation if there were patents listed on the Patent Register. [Emphasis added.]

(Affidavit of Murray J. Elston, president of Canada's Research-based Pharmaceutical Companies, who participated in the consultations surrounding the amendments to s. 5.)

une autre drogue, laquelle présentait la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables.

166 À la suite de cette publication, le gouverneur en conseil a consulté un certain nombre d'intéressés. Il a reçu des commentaires des organismes suivants : l'Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques et certaines de ses entreprises membres, Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada et certaines de ses entreprises membres, l'Association canadienne de l'industrie de la biotechnologie, d'autres fabricants de drogues, l'Institut de santé animale, l'Institut de la propriété intellectuelle du Canada, l'Association des consommateurs du Canada, des groupes et des associations représentant des personnes âgées et certains parlementaires (DORS/99-379, *Gazette du Canada*, partie II, vol. 133, nº 21, p. 2359). Durant la période de consultation, le gouverneur en conseil a été informé de la possible application du par. 5(1.1) à un innovateur qui soumet une PDN sans faire la démonstration d'une bioéquivalence. De fait, la preuve indique que pendant les consultations, Industrie Canada avait soulevé la préoccupation suivante :

[TRADUCTION] . . . que le libellé actuel du par. 5(1.1) du *Règlement* signifierait qu'un deuxième fabricant ou un fabricant subséquent qui a déposé une présentation de drogue nouvelle à l'égard d'une drogue donnée serait tenu d'envoyer un avis d'allégation à la première personne qui a soumis une liste de brevets au ministre, même dans le cas où ce deuxième fabricant ou ce fabricant subséquent ne s'est pas appuyé sur la première société pour démontrer la bioéquivalence ou la biodisponibilité de son produit. Autrement dit, même dans le cas où la présentation de drogue nouvelle déposée par le deuxième fabricant ou le fabricant subséquent consistait en une présentation de drogue nouvelle « autonome » et non en une présentation abrégée de drogue nouvelle, le par. 5(1.1) du *Règlement*, dans sa version actuelle, signifierait que le deuxième fabricant ou le fabricant subséquent devrait envoyer un avis d'allégation si des brevets sont inscrits au registre des brevets. [Je souligne.]

(Affidavit de Murray J. Elston, président de Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada, qui a participé aux consultations concernant les modifications apportées à l'art. 5.)

167 Moreover, the intervener Canadian Generic Pharmaceutical Association pointed out during the consultations that the amendments would catch "innovative" submissions, i.e., submissions other than ANDSs (para. 33).

168 After the consultation period, s. 5 was split into two subsections, resulting in the creation of s. 5(1.1), and the inclusion of the requirement of bioequivalence in s. 5(1). This is the current version which this Court is asked to interpret (see Appendix).

169 In the Federal Court, Trial Division, Blanchard J. found that s. 5(1.1) was introduced in response to the situation in the *Merck 1999* case in an attempt to close a perceived "loophole" through which a generic drug manufacturer could avoid providing a NOA to a patentee. In *Merck 1999*, a second generic company manufacturer tried to avoid serving a NOA by making an indirect rather than a direct bioequivalence comparison to the innovator's drug. Contrary to the Attorney General's expectations, both the Federal Court, Trial Division and the Federal Court of Appeal held that s. 5 (as it was before 1999) precluded generic-to-generic comparisons. These decisions were rendered after the 1999 amendments to s. 5 took effect.

170 Biolyse submits that there was no such loophole being exploited by new drug developers when filing a NDS, and hence no need for any amendments for such submissions. It further submits that these amendments were not intended to change the policy by extending it to innovative drug developers whose NDS might incidentally refer to information in the public domain about another patent-listed drug.

171 A review of the RIAS (SOR/99-379, *Canada Gazette*, Part II, vol. 133, No. 21, at p. 2357) confirms that the amendments were designed to clarify the law and reaffirm the application of the *NOC Regulations* and that, in the vast majority of cases,

En outre, l'intervenante l'Association canadienne du médicament générique a souligné lors des consultations que les modifications toucheraient les « nouvelles » demandes, c.-à-d. les demandes autres que les PADN (par. 33).

Après la période de consultation, l'art. 5 a été scindé en deux paragraphes, ce qui a entraîné la création du par. 5(1.1) et l'inclusion de l'exigence de démontrer une bioéquivalence au par. 5(1). Il s'agit de la version actuelle que la Cour est appelée à interpréter (voir annexe).

Le juge Blanchard de la Section de première instance de la Cour fédérale a conclu que le par. 5(1.1) a été adopté en réponse à la situation dont il était question dans *Merck 1999* dans une tentative de bloquer une possible « échappatoire » par laquelle un fabricant de médicaments génériques pouvait se soustraire à l'obligation de fournir un ADA à un breveté. Dans cette affaire, un second fabricant avait tenté de se soustraire à l'obligation de signifier un ADA en établissant une comparaison indirecte, et non directe, pour démontrer la bioéquivalence de son produit avec la drogue de l'innovateur. Contrairement aux attentes du procureur général, la Section de première instance de la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont jugé que l'art. 5 (dans sa version antérieure à 1999) excluait les comparaisons entre produits génériques. Ces décisions ont été prononcées après l'entrée en vigueur des modifications apportées à l'art. 5 en 1999.

Selon Biolyse, cette échappatoire dont se prévaudraient les concepteurs de drogues nouvelles lors du dépôt d'une PDN n'existe pas, et il n'y avait donc pas lieu de modifier ces demandes. Elle soutient en outre que ces modifications ne visaient pas à modifier la politique générale en l'étendant aux sociétés pharmaceutiques innovatrices qui déposent des PDN en faisant accessoirement renvoi à des renseignements qui relèvent du domaine public à l'égard d'une autre drogue figurant sur la liste des brevets.

Un examen du REIR (DORS/99-379, *Gazette du Canada*, partie II, vol. 133, n° 21, p. 2357) confirme que les modifications étaient destinées à clarifier la loi et à réitérer l'application du *Règlement ADC* et que, dans la grande majorité des cas, les coûts de

compliance costs to private sector parties would remain the same. Furthermore, the RIAS states that the amendments confirm the balance between providing effective enforcement of patent rights, while at the same time ensuring that second and subsequent entry manufacturers' drugs can enter the market as soon as it is determined that they are not covered by a patent, or, where they are covered by a patent, immediately after the patent expiry. The RIAS further states at p. 2358:

> Subsection 5(1.1) will apply where a second or subsequent entry manufacturer does not make such an explicit comparison or reference, but, in fact, seeks a NOC for another version of a drug that has previously been marketed in Canada by a first person who has filed a patent list with the Minister of Health. Specifically, subsection 5(1.1) will be triggered when the second or subsequent entry manufacturer's drug contains the same medicine, employs the same route of administration and has a comparable strength and dosage form as the drug listed on the patent register. In this context, "comparable" is intended to operate as it does within the context of the drug approval process.

conformité resteraient les mêmes pour le secteur privé. Le REIR indique en outre que les modifications confirment l'équilibre entre une application efficace des droits conférés par les brevets tout en veillant à ce que le médicament d'un deuxième fabricant, ou d'un fabricant subséquent, puisse entrer sur le marché dès qu'il est établi qu'il n'est pas couvert par un brevet, ou s'il l'est, immédiatement après l'expiration du brevet. Le REIR indique aussi ce qui suit, à la p. 2358 :

> Le paragraphe 5(1.1) s'appliquera dans le cas où un deuxième fabricant, ou un fabricant subséquent, ne fait pas ainsi une comparaison ou un renvoi explicites, mais cherche en fait à obtenir un avis de conformité pour une autre version d'un médicament qui a antérieurement été commercialisé au Canada par une première personne ayant déposé une liste de brevets auprès du ministre de la Santé. Plus particulièrement, le paragraphe 5(1.1) s'appliquera dans le cas où le médicament du deuxième fabricant, ou du fabricant subséquent, contient le même médicament, emploie la même voie d'administration et se présente en concentration et forme posologique comparables à celles du médicament figurant sur le registre des brevets. Dans ce contexte, le mot « comparable » doit être interprété comme dans le contexte du processus d'approbation des médicaments.

The other extrinsic aid referred to by Biolyse in support of its argument is the *Guidance for Industry — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* ("*Guidance*"), Health Canada, Therapeutic Products Programme, May 10, 2000. The particular relevance of these guidelines in this industry needs to be noted. Those who are responsible for the administration of the *NOC Regulations* on a day-to-day basis have developed an expertise or perspective that lends authority to their opinion (see Sullivan, at pp. 503-4). This is not to say that complete deference should be shown to these guidelines. Biolyse refers to the *Guidance* and cites the following section, at p. 14, to support its position that, in order for s. 5(1.1) to apply, the submission needs to include a demonstration of bioequivalence, as in s. 5(1):

172 L'autre aide extrinsèque invoquée par Biolyse au soutien de son argument est la *Ligne directrice à l'intention de l'industrie — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (« *Ligne directrice* »), Santé Canada, Programme des produits thérapeutiques, 10 mai 2000. Il convient de souligner la pertinence particulière de la ligne directrice pour cette industrie. Les personnes chargées de l'administration courante du *Règlement ADC* ont acquis une compétence ou développé une perspective qui confèrent de l'autorité à leur opinion (voir Sullivan, p. 503-504). Cela ne signifie pas que ces directives doivent être acceptées sans réserve. Biolyse renvoie à la *Ligne directrice* et cite l'extrait suivant, à la p. 16, pour étayer sa position selon laquelle l'application du par. 5(1.1) est subordonnée à l'inclusion dans la demande d'une démonstration de bioéquivalence, comme c'est le cas au par. 5(1) :

> ***Subsection 5(1.1)***
>
> In a drug submission where there is a demonstration of bioequivalence and therefore reliance on a

> ***Paragraphe 5(1.1)***
>
> Dans une présentation de drogue où il y a une démonstration de bioéquivalence et conséquemment une

previously approved drug, the TPP [Therapeutic Products Programme] will apply the test described in subsection 5(1.1).

173 However, Biolyse fails to cite the rest of the relevant paragraph which confirms that before applying s. 5(1.1), the Therapeutic Products Programme ("TPP") will first determine if s. 5(1) applies:

> The test under subsection 5(1.1) requires that, where subsection 5(1) does not apply, the TPP first determines which medicine is contained in the drug in the second person's submission, its route of administration, strength and dosage form. The TPP will then check to see if there is a first person drug listed on the Patent Register containing the same medicine in the same route of administration, and with a comparable strength and dosage form.

Furthermore, at p. 10 of the *Guidance*, the TPP adopts a different approach than the one postulated by Biolyse when it explains that:

> When a second person files a submission for a NOC and compares or makes reference to another drug for purposes of demonstrating bioequivalence for which a patent list has been submitted, the second person must comply with subsection 5(1) of the *Regulations*. A second person who has not made a comparison or reference under subsection 5(1), but files a submission for a drug containing a medicine that is found in another drug for which a patent list has been submitted, in the same route of administration, and with a comparable strength and dosage form, must comply with subsection 5(1.1). [Emphasis added.]

174 In the case at bar, Biolyse argues that s. 5(1.1) imposes the same conditions which appear in s. 5(1). It submits that a NOA should only be sent where a second entry manufacturer has applied for approval for the same medicine and where the second entry manufacturer has made a reference or comparison to another product for the purpose of demonstrating bioequivalence. Thus, Biolyse urges the Court to read into the *NOC Regulations* words which do not appear. Such a demand, as acknowledged by the Federal Court of Appeal, is tantamount to crossing the line between judicial interpretation and legislative redrafting (para. 35). Lamer C.J. in

dépendance sur une autre drogue antérieurement approuvée, le PPT [Programme des produits thérapeutiques] appliquera le test qui est décrit au paragraphe 5(1.1).

Toutefois, Biolyse a omis de citer le reste du paragraphe en cause où l'on confirme qu'avant d'appliquer le par. 5(1.1), le Programme des produits thérapeutiques (« PPT ») doit d'abord déterminer si le par. 5(1) s'applique :

> Le test sous le paragraphe 5(1.1) requiert que si le paragraphe 5(1) ne s'applique pas, le PPT déterminera tout d'abord quel médicament est contenu dans la drogue visé (*sic*) par la demande de la seconde personne, sa voie d'administration, sa concentration et sa forme posologique. Le PPT vérifiera ensuite s'il existe une drogue commercialisée par une première personne qui est inscrite au registre des brevets et qui contient le même médicament ayant la même voie d'administration et présenté sous une forme posologique et une concentration comparables.

De plus, à la p. 12 de la *Ligne directrice*, le PPT adopte une approche différente de celle proposée par Biolyse lorsqu'il explique ce qui suit :

> Lorsqu'une seconde personne dépose une demande d'avis de conformité pour une drogue et en fait la comparaison, ou fait renvoi, aux fins d'en démontrer la bioéquivalence, à une autre drogue à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit se conformer au paragraphe 5(1) du Règlement. Une seconde personne qui ne fait pas une comparaison ou un renvoi aux termes du paragraphe 5(1), mais qui dépose une demande à l'égard d'une drogue contenant un médicament qui est présent dans une autre drogue pour laquelle une liste de brevets a été soumise et dont la voie d'administration est la même et la concentration et la forme posologique comparables, doit se conformer au paragraphe 5(1.1). [Je souligne.]

En l'espèce, Biolyse fait valoir que le par. 5(1.1) impose les mêmes conditions que celles prescrites au par. 5(1). Elle soutient que l'ADA doit seulement être envoyé lorsque le deuxième fabricant a demandé une autorisation à l'égard du même médicament et lorsqu'il a fait une comparaison ou un renvoi à un autre produit pour en démontrer la bioéquivalence. Ainsi, Biolyse invite la Cour à introduire dans le *Règlement ADC* des termes qui ne s'y trouvent pas. Cette demande, comme l'a reconnu la Cour d'appel fédérale, équivaut à franchir la ligne qui sépare l'interprétation judiciaire et la reformulation législative (par. 35). Dans l'arrêt *R. c. McIntosh*, [1995] 1

R. v. McIntosh, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 26, cautioned against this:

> Second, the contextual approach allows the courts to depart from the common grammatical meaning of words where this is required by a particular context, but it does not generally mandate the courts to read words into a statutory provision. It is only when words are "reasonably capable of bearing" a particular meaning that they may be interpreted contextually. I would agree with Pierre-André Côté's observation in his book *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 231, that:
>
> Since the judge's task is to interpret the statute, not to create it, as a general rule, interpretation should not add to the terms of the law. Legislation is deemed to be well drafted, and to express completely what the legislator wanted to say. . . .
>
> The Crown is asking this Court to read words into s. 34(2) which are simply not there. In my view, to do so would be tantamount to amending s. 34(2), which is a legislative and not a judicial function. The contextual approach provides no basis for the courts to engage in legislative amendment. [First emphasis in original; second emphasis added.]

In the words of L'Heureux-Dubé J., "judges should not attempt to rewrite a statute under the guise of interpreting it": *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, at para. 36.

I posit the view that if there is a bioequivalence demonstration (direct or indirect as confirmed by the Federal Court of Appeal in *Merck 1999*) in the submission of the second person, the analysis will necessarily and always stop at s. 5(1) and the TPP will never have to determine if s. 5(1.1) applies. Consequently, a construction of the section that would include the bioequivalence requirement under s. 5(1.1) would be completely useless. This position could not have been intended by the Governor in Council since it would be in complete disregard for the language of the section (see Federal Court of Appeal, Trial Division, at para. 51).

As demonstrated from the above and found by the Federal Court of Appeal, the *Guidance* and the RIAS are not sufficiently clear and compelling to permit this Court to perform reconstructive surgery

R.C.S. 686, par. 26, le juge en chef Lamer a formulé à cet égard la mise en garde suivante :

> Deuxièmement, l'analyse contextuelle permet aux tribunaux de s'écarter du sens grammatical ordinaire des termes lorsqu'un contexte particulier l'exige, mais elle n'exige généralement pas des tribunaux qu'ils introduisent des termes dans une disposition législative. C'est seulement lorsqu'« ils peuvent raisonnablement avoir » un sens particulier que ces termes peuvent être interprétés d'après leur contexte. Je suis d'accord avec l'observation de Pierre-André Côté dans son livre, *Interprétation des lois* (2e éd. 1990), aux pp. 257 et 258 :
>
> La fonction du juge étant d'interpréter la loi et non de la faire, le principe général veut que le juge doive écarter une interprétation qui l'amènerait à ajouter des termes à la loi : celle-ci est censée être bien rédigée et exprimer complètement ce que le législateur entendait dire . . .
>
> Le ministère public demande à notre Cour d'inclure dans le par. 34(2) des termes qui ne s'y trouvent pas. À mon avis, cela équivaudrait à modifier le par. 34(2), ce qui constitue une fonction législative et non judiciaire. L'analyse contextuelle ne justifie aucunement les tribunaux de procéder à des modifications législatives. [Premier soulignement dans l'original; deuxième soulignement ajouté.]

175 Pour reprendre les propos de la juge L'Heureux-Dubé, « les juges ne devraient pas tenter de récrire une loi sous prétexte de l'interpréter » : *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, par. 36.

176 Je suis d'avis que s'il y a démonstration de la bioéquivalence (directe ou indirecte, ainsi que l'a confirmé la Cour d'appel fédérale dans *Merck 1999*) dans la demande de la seconde personne, l'analyse s'arrêtera nécessairement et toujours au par. 5(1) et le PPT n'aura jamais à décider si le par. 5(1.1) s'applique. Par conséquent, une interprétation de la disposition qui inclurait une obligation de faire la démonstration de bioéquivalence prévue au par. 5(1.1) serait totalement inutile. Le gouverneur en conseil ne peut avoir envisagé cette situation qui ferait complètement abstraction du libellé de la disposition (voir la décision de la Section de première instance de la Cour fédérale, par. 51).

177 Comme le démontre ce qui précède, et ainsi que l'a conclu la Cour d'appel fédérale, la *Ligne directrice* et le REIR ne sont pas assez clairs et convaincants pour permettre à la Cour de reformuler un

to a regulatory text which speaks quite clearly (para. 33). In fact, they do not even support such a result.

178 It is a well-established principle of statutory interpretation that the legislature does not intend to produce absurd consequences. "[A] label of absurdity can be attached to interpretations which defeat the purpose of a statute or render some aspect of it pointless or futile": *Rizzo & Rizzo Shoes*, at para. 27. In addition, this Court has time and time again recognized the presumption against tautology: it is presumed that the legislature avoids superfluous or meaningless words, phrases and larger units such as paragraphs, sections and parts of a legislative scheme (see, e.g., *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, at para. 28; *Degelder Construction Co. v. Dancorp Developments Ltd.*, [1998] 3 S.C.R. 90, at paras. 26-27).

179 Herein, this is emphasized by the fact that the Governor in Council specifically amended the *NOC Regulations* to add s. 5(1.1). We have to presume that the amendments to the wording of a legislative or regulatory provision are made for some intelligible purpose. A legislature (or the Governor in Council) would not go to the trouble and expense of amending a provision without any reason, and this just for a short period of time awaiting a decision from the courts (see Sullivan, at p. 472). I therefore adopt the arguments of BMS when it writes in its factum, at para. 65:

> If s. 5(1.1) requires a demonstration of bioequivalence, one would never invoke s. 5(1.1) since, in such a situation, where a person had made a comparison or reference for the purpose of demonstrating bioequivalence, the provisions of s. 5(1) would apply. Accordingly, an interpretation that renders a section redundant should be rejected in favour of one that is consistent with s. 5 as a whole. Biolyse's interpretation also renders s. 5(1.2) meaningless.

180 In addition, the Governor in Council, even if it wanted to preclude the "*Merck* problem", that is the generic-to-generic comparison, was fully aware that the decision of the Federal Court of Appeal could make the added provision superfluous by

texte réglementaire dont les dispositions sont claires (par. 33). En fait, ces documents n'appuient même pas une telle interprétation.

Selon un principe bien établi en matière d'interprétation législative, le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes. « [O]n peut qualifier d'absurdes les interprétations qui vont à l'encontre de la fin d'une loi ou en rendent un aspect inutile ou futile » : *Rizzo & Rizzo Shoes*, par. 27. En outre, cette Cour a maintes fois reconnu la présomption d'absence de tautologie : le législateur est censé éviter les termes, les phrases et les parties plus longues, comme les paragraphes, les dispositions et les parties d'un texte législatif, qui sont superflus et dénués de sens (voir, p. ex., *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, par. 28; *Degelder Construction Co. c. Dancorp Developments Ltd.*, [1998] 3 R.C.S. 90, par. 26-27).

En l'espèce, tout cela est mis en évidence par le fait que le gouverneur en conseil a expressément modifié le *Règlement ADC* pour y ajouter le par. 5(1.1). Nous devons présumer que des modifications sont apportées au texte d'une disposition législative ou réglementaire dans un but intelligible. Le législateur (ou le gouverneur en conseil) ne s'exposerait pas sans aucune raison aux frais et aux inconvénients liés à une modification législative et ce, pour une courte période de temps, en attendant une décision des tribunaux (voir Sullivan, p. 472). Je souscris donc aux arguments avancés par BMS dans son mémoire, au par. 65 :

> [TRADUCTION] Si le par. 5(1.1) exigeait une démonstration de la bioéquivalence, il ne serait jamais invoqué puisque, dans un tel cas, si la personne qui avait fait une comparaison ou un renvoi dans le but de démontrer la bioéquivalence, les dispositions du par. 5(1) s'appliqueraient. Par conséquent, il faut rejeter l'interprétation qui rendrait la disposition redondante au profit de celle qui est compatible avec l'art. 5 dans son ensemble. L'interprétation que propose Biolyse rend aussi le par. 5(1.2) vide de sens.

De plus, même s'il voulait prévenir la difficulté relevée dans *Merck*, c.-à-d. la comparaison entre produits génériques, le gouverneur général savait pertinemment que la décision de la Cour d'appel fédérale pouvait rendre la nouvelle

concluding that such a comparison was not excluded from the application of s. 5. The Governor in Council was clearly trying to remedy a much wider problem in order to protect the patentee from any infringement and could not have wanted the provision to be lacking any meaning.

Biolyse submits that the Governor in Council, when it amended s. 5, in 1999, was seeking to mirror the language found in s. C.08.002.1(1) of the *Food and Drug Regulations*, which applies to ANDS. Considering that the government was aware that s. 5(1.1) would apply even to an innovator's NDS (as informed during the consultation period), and this even where there was no bioequivalence, comparison or reference to another product, one has to assume that the Governor in Council was trying to extend the protective measures of the *NOC Regulations* to a wider group of submissions than ANDS. But more importantly, as discussed earlier in these reasons, one must attach some importance to the fact that the Governor in Council when drafting the *NOC Regulations* avoided the terminology used in the *Food and Drug Regulations*: the expressions "new drug submission" and "abbreviated new drug submission" are absent. Instead, the *NOC Regulations* refer to "first person" and "second person".

Having examined the words in s. 5(1.1) in their grammatical and ordinary meaning, having considered them in their broader and external context, I must reject the arguments presented by Biolyse. In my view, it is clear that the entire context of the litigious provision is in harmony with its ordinary meaning. The addition of words to the provision is not grammatically required to make the subsection intelligible, especially when it is neither ambiguous nor incoherent. Furthermore, even when read in context, the impugned provision cannot reasonably be restricted to ANDS. Biolyse is asking our Court to perform legislative redrafting, a task that is beyond this Court's role in giving a judicial

disposition superflue en concluant que l'art. 5 permettait une telle comparaison. Le gouverneur en conseil tentait manifestement de remédier à un problème beaucoup plus vaste dans le but de protéger le breveté contre toute contrefaçon et ne pouvait vouloir que la disposition soit dépourvue de signification.

181 Biolyse soutient qu'au moment où il a modifié l'art. 5, en 1999, le gouverneur en conseil tentait de reproduire le libellé du par. C.08.002.1(1) du *Règlement sur les aliments et drogues*, lequel s'applique à la PADN. Étant donné que le gouvernement savait que le par. 5(1.1) s'appliquerait même à la PDN soumise par une société innovatrice (on l'en a informé au cours de la période de consultation) et ce, même sans démonstration de bioéquivalence, comparaison ou renvoi à un autre produit, il faut supposer que le gouverneur en conseil tentait d'étendre les mesures de protection établies par le *Règlement ADC* à un groupe de demandes plus grand que la seule PADN. Il faut surtout, comme nous l'avons vu précédemment, accorder une certaine importance au fait que le gouverneur en conseil a, au moment de rédiger le *Règlement ADC*, évité d'employer la terminologie du *Règlement sur les aliments et drogues* : les expressions « présentation de drogue nouvelle » et « présentation abrégée de drogue nouvelle » n'y figurent pas. À la place, le *Règlement ADC* renvoie à la « première personne » et à la « seconde personne ».

182 Après avoir examiné les termes du par. 5(1.1) dans leur sens ordinaire et grammatical, les avoir analysés dans leurs contextes global et externe, je dois rejeter les arguments présentés par Biolyse. À mon avis, il est clair que le contexte global de la disposition en litige est compatible avec son sens ordinaire. Il n'est pas nécessaire d'ajouter des mots à la disposition, d'un point de vue grammatical, pour la rendre intelligible, surtout lorsqu'elle n'est ni ambiguë ni incohérente. Par ailleurs, même envisagée dans son contexte, la disposition contestée ne peut raisonnablement s'appliquer qu'à la seule PADN. Biolyse demande à notre Cour de procéder à une reformulation législative, ce qui

interpretation. I cannot accept Biolyse's view of unwarranted consequences of a proper application of s. 5(1.1) as an excuse to place an unreasonable construction on words and alter the meaning of this provision. Major J. said as much in *Zeitel v. Ellscheid*, [1994] 2 S.C.R. 142, at p. 152:

> Recognition of the proper roles of the legislature and the judiciary requires that the courts give effect to the plain meaning of the words of a duly enacted statute. It is beyond the power of a court to interfere in a carefully crafted legislative scheme merely because it does not approve of the result produced by a statute in a particular case.

(See also Driedger, at p. 86.) I would therefore find that s. 5(1.1) applies in the facts of this case.

IV. Application of Section 5(1.1)

183 Both Blanchard J. and the Federal Court of Appeal found that Biolyse met the requirements under s. 5(1.1), more specifically that Biolyse's drug Paclitaxel for injection had the same route of administration and a comparable strength and dosage form as Taxol, as well as the same formulation as Taxol (at paras. 44-54 and paras. 15-16 respectively). I see no error in their determination. Consequently, in light of the above, Biolyse had to make an allegation in its submission pursuant to s. 5(1.1)(*b*) and, until Biolyse complied, the Minister was prohibited by s. 7(1)(*b*) from issuing a NOC in respect of Paclitaxel for injection.

184 Biolyse argues that the courts below made an error when they accepted the "hybrid submission" argument made by BMS. This argument has no merit. The findings of fact regarding the possible "piggy-backing" of Biolyse on BMS's work or its reliance on information in the public domain have no impact on the interpretation and application of s. 5(1.1) since no comparison, reference or bioequivalence requirement is necessary for the subsection to apply (see P. R. Wilcox and D. C. Ripley, "The Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations" (2000), 16 *C.I.P.R.*

va au-delà du rôle que joue la Cour lorsqu'elle se livre à une interprétation. Je ne peux admettre que la théorie de Biolyse sur les conséquences injustifiées d'une application correcte du par. 5(1.1) serve de prétexte à une interprétation déraisonnable des mots et à une modification du sens de cette disposition. C'est ce que le juge Major a dit dans *Zeitel c. Ellscheid*, [1994] 2 R.C.S. 142, p. 152 :

> La reconnaissance des rôles légitimes du législateur et des tribunaux exige que ces derniers donnent effet au sens ordinaire des mots d'une loi dûment adoptée. Les tribunaux n'ont pas compétence pour modifier un régime législatif soigneusement conçu simplement parce qu'ils désapprouvent le résultat qu'une loi engendre dans un cas donné.

(Voir aussi Driedger, p. 86.) Je dois donc conclure que le par. 5(1.1) s'applique aux faits de l'espèce.

IV. Application du par. 5(1.1)

Le juge Blanchard et la Cour d'appel fédérale ont conclu que Biolyse répondait aux exigences du par. 5(1.1), plus précisément que sa drogue Paclitaxel pour perfusion employait la même voie d'administration que le Taxol, se présentait en forme posologique et en concentration comparables, et qu'elle avait la même formulation (par. 44-54 et par. 15-16 respectivement). Je ne vois aucune erreur dans leur décision. Compte tenu de ce qui précède, Biolyse devait donc, dans sa demande, faire une allégation fondée sur l'al. 5(1.1)*b*) et, tant qu'elle ne s'était pas acquittée de cette obligation, l'al. 7(1)*b*) interdisait au ministre de délivrer un ADC à l'égard du Paclitaxel pour perfusion.

De prétendre Biolyse, les tribunaux inférieurs ont commis une erreur en retenant l'argument relatif à la « présentation hybride » avancé par BMS. Cet argument n'est pas fondé. Les conclusions de fait concernant la possibilité que Biolyse ait « tiré profit » des travaux de BMS ou qu'elle se soit fondée sur des renseignements relevant du domaine public n'ont aucun effet sur l'interprétation et sur l'application du par. 5(1.1) puisqu'il n'est pas nécessaire de faire une comparaison ou un renvoi, ou de démontrer une bioéquivalence, pour que la disposition s'applique (voir P. R. Wilcox et D. C. Ripley, « The Patented

429, at p. 433; F. M. Grenier and C. Lemay, "Le règlement sur les médicaments brevetés (Avis de conformité)" (2003), 20 *C.I.P.R.* 51, at p. 57).

V. Policy Considerations

A. *The Regulatory Regime*

Biolyse argues that its drug does not infringe on the patents of BMS. If Biolyse is right, it should not be concerned with serving a NOA on BMS. In reality, Biolyse's underlying position (argument completed by the intervener Canadian Generic Pharmaceutical Association) is that s. 6(1) of the *NOC Regulations*, by granting a statutory stay of 24 months, has the effect of an automatic interlocutory injunction and is unreasonable. If this is the rationale for the decision requested, Biolyse should have attacked that procedure. However, the legality or constitutionality of this statutory stay was not brought forward in this case. Disagreement with the policy permitting the stay cannot justify setting aside the rules of statutory interpretation. Notwithstanding that, in my opinion, there is virtually no evidence establishing that the scheme is outrageous or irrational.

Further, one needs to remember that the present appeal was initiated by the judicial review of the Minister's decision to grant a NOC to Biolyse. This is not an action for infringement (see Wilcox and Ripley, at p. 437). The Court is not asked to determine if Biolyse infringed any of BMS's patents, but whether the Minister was correct in issuing a NOC to Biolyse without requiring it to send a NOA pursuant to s. 5(1.1). It was clearly determined by the Federal Court of Appeal on a number of occasions that these proceedings are not actions for determining validity or infringement; rather, they are proceedings to determine if the allegations made by the second person are sufficiently substantiated to support a conclusion, for administrative purposes, to issue a NOC (see *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.), at pp. 598-99; *Merck 1994*, at pp. 319-20). The issue

Medicines (Notice of Compliance) Regulations » (2000), 16 *R.C.P.I.* 429, p. 433; F. M. Grenier et C. Lemay, « Le règlement sur les médicaments brevetés (Avis de conformité) » (2003), 20 *R.C.P.I.* 51, p. 57).

V. Considérations de politique générale

A. *Le régime de réglementation*

185 Biolyse soutient que sa drogue ne contrefait pas les brevets de BMS. Si Biolyse a raison, elle ne devrait pas se préoccuper de l'ADA qu'elle doit signifier à BMS. En réalité, selon la thèse sous-jacente de Biolyse (argument complété par l'intervenante, l'Association canadienne du médicament générique), le par. 6(1) du *Règlement ADC*, qui prévoit une interdiction d'une durée de 24 mois, a l'effet d'une injonction interlocutoire automatique et est déraisonnable. Si c'est là le fondement de la décision demandée, Biolyse aurait dû contester cette procédure. Or, ni la légalité ni la constitutionnalité de cette interdiction n'ont été soulevées en l'espèce. Le fait de ne pas accepter la politique générale qui permet l'interdiction ne saurait justifier la mise à l'écart des règles d'interprétation législative. Malgré cela, j'estime qu'il n'existe pour ainsi dire aucun élément de preuve établissant que le régime est abusif ou irrationnel.

186 Par ailleurs, il faut se rappeler que le présent pourvoi tire son origine du contrôle judiciaire de la décision du ministre d'accorder un ADC à Biolyse. Il ne s'agit pas d'une action en contrefaçon (voir Wilcox et Ripley, p. 437). La Cour n'est pas appelée à déterminer si Biolyse a contrefait un des brevets de BMS, mais si le ministre a eu raison de délivrer un ADC à Biolyse sans exiger d'elle la signification d'un ADA conformément au par. 5(1.1). La Cour d'appel fédérale a clairement statué à de nombreuses occasions que ces procédures ne constituent pas des actions touchant la validité ou la contrefaçon d'un brevet; il s'agit plutôt de procédures visant à déterminer si les allégations formulées par la seconde personne sont suffisamment bien fondées pour étayer la conclusion, à des fins administratives, de délivrer un ADC (voir *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), p. 598-599;

of whether there is a patent infringement or not is premature. The *NOC Regulations* purport to protect all patents found in the register. Indeed, the NOA procedure is to allow an innovator company to assess whether its patents are being infringed. It is not, and should not, be a precondition to the issuance of a NOA that there be a patent infringement.

187 In the case at bar, if the proper course of events had been followed, a NOA would have been served on BMS and the latter would then have had the opportunity to decide which actions to take in response to the allegations of Biolyse. However, Biolyse circumvented the whole process, contrary to the regulatory regime and the policy underlining it. There is in fact evidence that two NOCs concerning *paclitaxel* were issued to two second entry manufacturers, i.e., Apotex and IVAX Pharmaceuticals Inc., who evidently followed the procedure in the *NOC Regulations*. There is nothing extraordinary about this. Thus, had Biolyse abided by the scheme, it could have potentially obtained a NOC for its drug like these other two second entry manufacturers.

B. *The Impact of the Regime*

188 Binnie J. enumerates what he contends are the grave consequences of the broad interpretation adopted by the lower courts. He asserts that such interpretation would stifle competition and innovation in the pharmaceutical industry (para. 66). In the same vein, Biolyse argues that competition is the general rule in Canadian law and that monopoly is the exception. While this might be true in other areas of the law, Parliament, in patent law, modified this norm when enacting the *Patent Act* and the *NOC Regulations*.

189 Garland and Want, in their article, at p. 43, acknowledge that the monopoly right granted to the patentee has been regarded in the past with suspicion because of the potential negative impact that may accompany the grant. However, they explain that it has generally been recognized that the patent system is ultimately beneficial to society in

Merck 1994, par. 23-25). La question de savoir s'il y a ou non contrefaçon de brevet est prématurée. Le *Règlement ADC* a pour objet de protéger tous les brevets inscrits au registre. D'ailleurs, la procédure d'ADA vise à permettre à une société innovatrice de déterminer si ses brevets sont contrefaits. L'existence d'une contrefaçon n'est pas, et ne devrait pas être, une condition préalable à l'envoi d'un ADA.

En l'espèce, si la marche à suivre avait été respectée, un ADA aurait été signifié à BMS et cette dernière aurait alors eu la possibilité de décider des mesures à prendre pour répondre aux allégations de Biolyse. Cependant, Biolyse a contourné tout le processus, contrairement au régime réglementaire et à sa politique sous-jacente. La preuve démontre en fait que deux ADC relatifs au *paclitaxel* ont été délivrés à deux seconds fabricants, Apotex et IVAX Pharmaceuticals Inc., qui ont de toute évidence suivi la procédure prévue par le *Règlement ADC*. Il n'y a rien là d'extraordinaire. Donc, si Biolyse s'était conformée au régime, elle aurait pu obtenir, à l'instar de ces autres seconds fabricants, un ADC à l'égard de sa drogue.

B. *Les incidences du régime*

Le juge Binnie énumère ce qu'il considère être les graves conséquences de l'interprétation libérale adoptée par les tribunaux inférieurs. Il affirme qu'une telle interprétation aurait pour effet d'étouffer la concurrence et l'innovation dans l'industrie pharmaceutique (par. 66). Dans le même ordre d'idées, Biolyse soutient que la concurrence est la règle générale en droit canadien et que le monopole est l'exception. Bien que cela puisse être vrai dans d'autres domaines du droit, il reste que, en droit des brevets, le Parlement a modifié cette norme lorsqu'il a adopté la *Loi sur les brevets* et le *Règlement ADC*.

Dans leur article à la p. 43, Garland et Want reconnaissent que le monopole conféré au breveté a été considéré avec méfiance dans le passé à cause des conséquences négatives dont pouvait s'accompagner cet octroi. Cependant, ils expliquent que, de façon générale, le régime des brevets a été reconnu comme étant bénéfique en fin de compte pour la

encouraging both investment in, and the public disclosure of, new technology. They go on to say, at p. 44:

> The key to any successful patent system is striking the correct balance between the extent of the exclusive rights to be granted to a patentee and the interests of the public in having an open, competitive marketplace. While the patent system in Canada may not be perfect, and may be open to improvement, it is the authors' view that the Canadian system does achieve an appropriate balance between the interests of inventors and those of the general public.

(See Fox, at p. 1; G. F. Henderson, ed., *Patent Law of Canada* (1994), at p. 10.)

I agree. But more importantly, this legislative scheme is just that: legislated. Parliament and the Governor in Council created the patent right and regulated every aspect of it. They decided on the appropriate balance between the various interests after serious consultations with stakeholders. It is not for this Court to question the choice they made, in the absence of any constitutional challenge. This Court's role stops at the interpreting stage with the above used tools, i.e., context, intention and object. Going further would constitute a grave transgression on the part of this Court.

This said, one needs to remember that under the *Patent Act*, a patentee does not benefit from a total and exclusive right to do whatever he pleases with his patent. The *Patent Act* and the *NOC Regulations* represent a prescribed limitation to competition. As part of the three-party social contract mentioned at the beginning of my analysis, Parliament has established various restrictions and limitations to the monopoly of patentees. Persons alleged to have infringed patents have the benefit of specific safeguards. Here are some examples:

(1) Section 60(1) of the *Patent Act*: "A patent or any claim in a patent may be declared invalid or void by the Federal Court at the instance

société car il encourage l'investissement dans les nouvelles technologies et la divulgation publique de ces technologies. Ils ajoutent ce qui suit à la p. 44 :

> [TRADUCTION] La clé d'un bon régime de brevets réside dans l'atteinte d'un juste équilibre entre l'étendue des droits exclusifs conférés à un breveté et les intérêts du public dans l'accès à un marché ouvert et concurrentiel. Le régime canadien des brevets n'est peut-être pas parfait et pourrait être amélioré, mais nous estimons qu'il atteint un juste équilibre entre les droits des inventeurs et ceux du public en général.

(Voir Fox, p. 1; G. F. Henderson, dir., *Patent Law of Canada* (1994), p. 10.)

190 Je souscris à cette opinion. Mais ce qui importe surtout, c'est que ce régime législatif est, justement, législatif. Le législateur et le gouverneur en conseil ont créé le droit que confère le brevet et en ont réglementé chacun des aspects. Ils ont établi le juste équilibre entre les divers intérêts après de sérieuses consultations auprès des intéressés. Il n'appartient pas à la Cour de mettre leur choix en cause en l'absence de toute contestation constitutionnelle. Le rôle de cette Cour se limite à interpréter à l'aide des outils employés ci-dessus, c.-à-d. le contexte, l'intention et l'objet. Aller plus loin serait pour la Cour commettre une grave transgression.

191 Cela étant dit, il faut se rappeler que, sous le régime de la *Loi sur les brevets*, le breveté ne jouit pas d'un droit absolu et exclusif de faire tout ce qui lui plaît avec son brevet. La *Loi sur les brevets* et le *Règlement ADC* représentent une limite délibérée à la concurrence. Dans le cadre du contrat social tripartite évoqué au début de mon analyse, le législateur a établi diverses restrictions et exceptions au monopole conféré aux brevetés. Les personnes auxquelles on reproche d'avoir contrefait un brevet bénéficient de mesures de protection précises. En voici quelques exemples :

(1) Paragraphe 60(1) de la *Loi sur les brevets* : « Un brevet ou une revendication se rapportant à un brevet peut être déclaré invalide ou nul par

of the Attorney General of Canada or at the instance of any interested person." A second person could attack the validity of a patent or any claim in a patent preemptively.

(2) Section 60(2) of the *Patent Act*: A person may bring an action in the Federal Court against a patentee for a declaration that a process or article does not or would not constitute an infringement of a patent.

(3) Sections 65 and 66 of the *Patent Act*: Any person may, after the expiration of three years from the date of the grant of a patent, apply to the Commissioner of Patents alleging that in the case of that patent there has been abuse of the exclusive rights thereunder and ask for relief, such as the grant of a compulsory licence.

(4) Section 3(1) of the *NOC Regulations*: The Minister may delete any information from the patent register that does not meet the requirements of s. 4.

(5) Section 6(10) of the *NOC Regulations*: In the course of proceeding under s. 6 of the *NOC Regulations*, the court may take into account in making an order as to costs, under s. 6(10) "the inclusion on the certified patent list of a patent that should not have been included under section 4; and the failure of the first person to keep the patent list up to date in accordance with subsection 4(6)". If the first person has wrongfully included a patent on a patent list, then the court is empowered to take into consideration such conduct in making an award for costs.

(6) Section 8 of the *NOC Regulations*: A first person is liable to a second person for any loss suffered if a s. 6(1) application is withdrawn or discontinued by the first person or is dismissed by the court hearing the application or if an order preventing the Minister from

la Cour fédérale, à la diligence du procureur général du Canada ou à la diligence d'un intéressé. » Une seconde personne pourrait contester d'avance la validité d'un brevet ou d'une revendication se rapportant à un brevet.

(2) Paragraphe 60(2) de la *Loi sur les brevets* : Une personne peut intenter une action devant la Cour fédérale contre le breveté afin d'obtenir une déclaration qu'un procédé ou un article ne contrefait pas ou ne contreferait pas un brevet.

(3) Articles 65 et 66 de la *Loi sur les brevets* : Tout intéressé peut, après l'expiration de trois années à compter de la date de la concession d'un brevet, s'adresser au commissaire aux brevets pour alléguer que, dans le cas de ce brevet, les droits exclusifs qui en dérivent ont donné lieu à un abus, et pour demander un recours, tel que l'octroi d'une licence obligatoire.

(4) Paragraphe 3(1) du *Règlement ADC* : Le ministre peut supprimer du registre des renseignements tout renseignement qui n'est pas conforme aux exigences de l'art. 4.

(5) Paragraphe 6(10) du *Règlement ADC* : Dans le cadre de la procédure prévue à l'art. 6 du *Règlement ADC*, le tribunal peut tenir compte, lorsqu'il rend une ordonnance relative aux dépens, de « l'inscription, sur la liste de brevets qui fait l'objet d'une attestation, de tout brevet qui n'aurait pas dû y être inclus aux termes de l'article 4; [et du] fait que la première personne n'a pas tenu à jour la liste de brevets conformément au paragraphe 4(6) ». Si la première personne a illégalement inscrit un brevet sur une liste de brevets, le tribunal peut alors en tenir compte lorsqu'il rend une décision relative aux dépens.

(6) Article 8 du *Règlement ADC* : La première personne est responsable envers la seconde personne de toute perte subie si une demande présentée aux termes du par. 6(1) est retirée ou fait l'objet d'un désistement par la première personne ou est rejetée par le tribunal

issuing a notice of compliance is reversed on appeal.

VI. Conclusion

Statutory interpretation is a legal art which needs to be applied very carefully by the courts without losing sight of the underlining principle of such a task. The *NOC Regulations* purport to maintain a balance between the protection of patentees' rights and the timely market entry of generic competitors. This Court should not undertake to fill in the alleged gaps or resolve the alleged deficiencies of the legislative and regulatory scheme.

I would dismiss the appeal with costs and affirm the decision of the Federal Court of Appeal to quash the NOC granted by the Minister to Biolyse.

APPENDIX

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21

2. (1) In this Act,

. . .

"enactment" means an Act or regulation or any portion of an Act or regulation;

. . .

3. (1) Every provision of this Act applies, unless a contrary intention appears, to every enactment, whether enacted before or after the commencement of this Act.

. . .

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

qui en est saisi, ou si l'ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité, rendue aux termes de ce paragraphe, est annulée lors d'un appel.

VI. Conclusion

L'interprétation des lois est un art que les tribunaux doivent pratiquer très soigneusement sans perdre de vue le principe sur lequel repose cette fonction. Le *Règlement ADC* a pour objet de maintenir un équilibre entre la protection des droits des brevetés et l'accès au marché des concurrents génériques en temps opportun. Cette Cour ne devrait pas entreprendre de combler les prétendues lacunes des régimes législatif et réglementaire ou de remédier à leurs soi-disant insuffisances. 192

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de confirmer la décision de la Cour d'appel fédérale d'annuler l'ADC délivré par le ministre à Biolyse. 193

ANNEXE

Loi sur les cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« texte » Tout ou partie d'une loi ou d'un règlement.

. . .

3. (1) Sauf indication contraire, la présente loi s'applique à tous les textes, indépendamment de leur date d'édiction.

. . .

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133

2. In these Regulations,

"claim for the medicine itself" includes a claim in the patent for the medicine itself when prepared or produced by the methods or processes of manufacture particularly described and claimed or by their obvious chemical equivalents; (*revendication pour le médicament en soi*)

"claim for the use of the medicine" means a claim for the use of the medicine for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof; (*revendication pour l'utilisation du médicament*)

. . .

"medicine" means a substance intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof; (*médicament*)

. . .

"notice of compliance" means a notice issued under section C.08.004 of the *Food and Drug Regulations*; (*avis de conformité*)

. . .

4. (1) A person who files or has filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine may submit to the Minister a patent list certified in accordance with subsection (7) in respect of the drug.

(2) A patent list submitted in respect of a drug must

(*a*) indicate the dosage form, strength and route of administration of the drug;

(*b*) set out any Canadian patent that is owned by the person, or in respect of which the person has an exclusive licence or has obtained the consent of the owner of the patent for the inclusion of the patent on

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133

2. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement.

. . .

« revendication pour le médicament en soi » S'entend notamment d'une revendication, dans le brevet, pour le médicament en soi préparé ou produit selon les modes du procédé de fabrication décrits en détail et revendiqués ou selon leurs équivalents chimiques manifestes. (*claim for the medicine itself*)

« revendication pour l'utilisation du médicament » Revendication pour l'utilisation du médicament aux fins du diagnostic, du traitement, de l'atténuation ou de la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal, ou de leurs symptômes. (*claim for the use of the medicine*)

. . .

« médicament » Substance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal, ou de leurs symptômes. (*medicine*)

. . .

« avis de conformité » Avis délivré au titre de l'article C.08.004 du *Règlement sur les aliments et drogues*. (*notice of compliance*)

. . .

4. (1) La personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ou qui a obtenu un tel avis peut soumettre au ministre une liste de brevets à l'égard de la drogue, accompagnée de l'attestation visée au paragraphe (7).

(2) La liste de brevets au sujet de la drogue doit contenir les renseignements suivants :

a) la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue;

b) tout brevet canadien dont la personne est propriétaire ou à l'égard duquel elle détient une licence exclusive ou a obtenu le consentement du propriétaire pour l'inclure dans la liste, qui comporte une revendication

the patent list, that contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine and that the person wishes to have included on the register;

(*c*) contain a statement that, in respect of each patent, the person applying for a notice of compliance is the owner, has an exclusive licence or has obtained the consent of the owner of the patent for the inclusion of the patent on the patent list;

(*d*) set out the date on which the term limited for the duration of each patent will expire pursuant to section 44 or 45 of the *Patent Act*; and

(*e*) set out the address in Canada for service on the person of any notice of an allegation referred to in paragraph 5(3)(*b*) or (*c*), or the name and address in Canada of another person on whom service may be made, with the same effect as if service had been made on the person.

. . .

5. (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and compares that drug with, or makes reference to, another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

(*a*) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(*b*) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(*c*) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

(1.1) Subject to subsection (1.2), where subsection (1) does not apply and where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of

pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament, et qu'elle souhaite voir inscrit au registre;

c) une déclaration portant, à l'égard de chaque brevet, que la personne qui demande l'avis de conformité en est le propriétaire, en détient la licence exclusive ou a obtenu le consentement du propriétaire pour l'inclure dans la liste;

d) la date d'expiration de la durée de chaque brevet aux termes des articles 44 ou 45 de la *Loi sur les brevets*;

e) l'adresse de la personne au Canada aux fins de signification de tout avis d'allégation visé aux alinéas 5(3)*b*) ou *c*), ou les nom et adresse au Canada d'une autre personne qui peut en recevoir signification avec le même effet que s'il s'agissait de la personne elle-même.

. . .

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue et la compare, ou fait référence, à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue :

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne sera pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas :

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)*c*) est fausse,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

(1.1) Sous réserve du paragraphe (1.2), lorsque le paragraphe (1) ne s'applique pas, la personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une

a drug that contains a medicine found in another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent included on the register in respect of the other drug containing the medicine, where the drug has the same route of administration and a comparable strength and dosage form,

(*a*) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(*b*) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(*c*) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

. . .

(3) Where a person makes an allegation pursuant to paragraph (1)(*b*) or (1.1)(*b*) or subsection (2), the person shall

(*a*) provide a detailed statement of the legal and factual basis for the allegation;

(*b*) if the allegation is made under any of subparagraphs (1)(*b*)(i) to (iii) or (1.1)(*b*)(i) to (iii), serve a notice of the allegation on the first person;

(*c*) if the allegation is made under subparagraph (1)(*b*)(iv) or (1.1)(*b*)(iv),

(i) serve on the first person a notice of the allegation relating to the submission filed under subsection (1) or (1.1) at the time that the person files the submission or at any time thereafter, and

(ii) include in the notice of allegation a description of the dosage form, strength and route of administration of the drug in respect of which the submission has been filed; and

(*d*) serve proof of service of the information referred to in paragraph (*b*) or (*c*) on the Minister.

drogue contenant un médicament que l'on trouve dans une autre drogue qui a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un avis de conformité à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre visant cette autre drogue contenant ce médicament, lorsque celle-ci présente la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables :

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne soit pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas :

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)*c*) est fausse,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

. . .

(3) Lorsqu'une personne fait une allégation visée aux alinéas (1)*b*) ou (1.1)*b*) ou au paragraphe (2), elle doit :

a) fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde;

b) si l'allégation est faite aux termes de l'un des sous-alinéas (1)*b*)(i) à (iii) ou (1.1)*b*)(i) à (iii), signifier un avis de l'allégation à la première personne;

c) si l'allégation est faite aux termes des sous-alinéas (1)*b*)(iv) ou (1.1)*b*)(iv) :

(i) signifier à la première personne un avis de l'allégation relative à la demande déposée selon les paragraphes (1) ou (1.1), au moment où elle dépose la demande ou par la suite,

(ii) insérer dans l'avis d'allégation une description de la forme posologique, de la concentration et de la voie d'administration de la drogue visée par la demande;

d) signifier au ministre une preuve de la signification effectuée conformément aux alinéas *b*) ou *c*).

6. (1) A first person may, within 45 days after being served with a notice of an allegation pursuant to paragraph 5(3)(*b*) or (*c*), apply to a court for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance until after the expiration of a patent that is the subject of the allegation.

. . .

7. (1) The Minister shall not issue a notice of compliance to a second person before the latest of

(*a*) [Repealed, SOR/98-166, s. 6(1)]

(*b*) the day on which the second person complies with section 5,

(*c*) subject to subsection (3), the expiration of any patent on the register that is not the subject of an allegation,

(*d*) subject to subsection (3), the expiration of 45 days after the receipt of proof of service of a notice of any allegation pursuant to paragraph 5(3)(*b*) or (*c*) in respect of any patent on the register,

(*e*) subject to subsections (2), (3) and (4), the expiration of 24 months after the receipt of proof of the making of any application under subsection 6(1), and

(*f*) the expiration of any patent that is the subject of an order pursuant to subsection 6(1).

. . .

8. (1) If an application made under subsection 6(1) is withdrawn or discontinued by the first person or is dismissed by the court hearing the application or if an order preventing the Minister from issuing a notice of compliance, made pursuant to that subsection, is reversed on appeal, the first person is liable to the second person for any loss suffered during the period

(*a*) beginning on the date, as certified by the Minister, on which a notice of compliance would have been issued in the absence of these Regulations, unless the court is satisfied on the evidence that another date is more appropriate; and

(*b*) ending on the date of the withdrawal, the discontinuance, the dismissal or the reversal.

. . .

6. (1) La première personne peut, dans les 45 jours après avoir reçu signification d'un avis d'allégation aux termes des alinéas 5(3)*b*) ou *c*), demander au tribunal de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration du brevet visé par l'allégation.

. . .

7. (1) Le ministre ne peut délivrer un avis de conformité à la seconde personne avant la plus tardive des dates suivantes :

a) [Abrogé, DORS/98-166, par. 6(1)]

b) la date à laquelle la seconde personne se conforme à l'article 5;

c) sous réserve du paragraphe (3), la date d'expiration de tout brevet inscrit au registre qui ne fait pas l'objet d'une allégation;

d) sous réserve du paragraphe (3), la date qui suit de 45 jours la date de réception de la preuve de signification de l'avis d'allégation visé aux alinéas 5(3)*b*) ou *c*) à l'égard de tout brevet inscrit au registre;

e) sous réserve des paragraphes (2), (3) et (4), la date qui suit de 24 mois la date de réception de la preuve de présentation de la demande visée au paragraphe 6(1);

f) la date d'expiration de tout brevet faisant l'objet d'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe 6(1).

. . .

8. (1) Si la demande présentée aux termes du paragraphe 6(1) est retirée ou fait l'objet d'un désistement par la première personne ou est rejetée par le tribunal qui en est saisi, ou si l'ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité, rendue aux termes de ce paragraphe, est annulée lors d'un appel, la première personne est responsable envers la seconde personne de toute perte subie au cours de la période :

a) débutant à la date, attestée par le ministre, à laquelle un avis de conformité aurait été délivré en l'absence du présent règlement, sauf si le tribunal estime d'après la preuve qu'une autre date est plus appropriée;

b) se terminant à la date du retrait, du désistement ou du rejet de la demande ou de l'annulation de l'ordonnance.

. . .

Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4

54. (1) An action for the infringement of a patent may be brought in that court of record that, in the province in which the infringement is said to have occurred, has jurisdiction, pecuniarily, to the amount of the damages claimed and that, with relation to the other courts of the province, holds its sittings nearest to the place of residence or of business of the defendant, and that court shall decide the case and determine the costs, and assumption of jurisdiction by the court is of itself sufficient proof of jurisdiction.

. . .

55. (1) A person who infringes a patent is liable to the patentee and to all persons claiming under the patentee for all damage sustained by the patentee or by any such person, after the grant of the patent, by reason of the infringement.

. . .

55.2 (1) It is not an infringement of a patent for any person to make, construct, use or sell the patented invention solely for uses reasonably related to the development and submission of information required under any law of Canada, a province or a country other than Canada that regulates the manufacture, construction, use or sale of any product.

(2) and (3) [Repealed, 2001, c. 10, s. 2(1)]

(4) The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1), including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

(*a*) respecting the conditions that must be fulfilled before a notice, certificate, permit or other document concerning any product to which a patent may relate may be issued to a patentee or other person under any Act of Parliament that regulates the manufacture, construction, use or sale of that product, in addition to any conditions provided for by or under that Act;

(*b*) respecting the earliest date on which a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (*a*) that is issued or to be issued to a person other than the patentee may take effect and respecting the manner in which that date is to be determined;

(*c*) governing the resolution of disputes between a patentee or former patentee and any person who

Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4

54. (1) Une action en contrefaçon de brevet peut être portée devant la cour d'archives qui, dans la province où il est allégué que la contrefaçon s'est produite, a juridiction, pécuniairement, jusqu'à concurrence du montant des dommages-intérêts réclamés et qui, par rapport aux autres tribunaux de la province, tient ses audiences dans l'endroit le plus rapproché du lieu de résidence ou d'affaires du défendeur. Ce tribunal juge la cause et statue sur les frais, et l'appropriation de juridiction par le tribunal est en soi une preuve suffisante de juridiction.

. . .

55. (1) Quiconque contrefait un brevet est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci du dommage que cette contrefaçon leur a fait subir après l'octroi du brevet.

. . .

55.2 (1) Il n'y a pas contrefaçon de brevet lorsque l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d'information qu'oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente d'un produit.

(2) et (3) [Abrogés, 2001, ch. 10, par. 2(1)]

(4) Afin d'empêcher la contrefaçon d'un brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens du paragraphe (1), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment :

a) fixant des conditions complémentaires nécessaires à la délivrance, en vertu de lois fédérales régissant l'exploitation, la fabrication, la construction ou la vente de produits sur lesquels porte un brevet, d'avis, de certificats, de permis ou de tout autre titre à quiconque n'est pas le breveté;

b) concernant la première date, et la manière de la fixer, à laquelle un titre visé à l'alinéa *a*) peut être délivré à quelqu'un qui n'est pas le breveté et à laquelle elle peut prendre effet;

c) concernant le règlement des litiges entre le breveté, ou l'ancien titulaire du brevet, et le demandeur

applies for a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (*a*) as to the date on which that notice, certificate, permit or other document may be issued or take effect;

(*d*) conferring rights of action in any court of competent jurisdiction with respect to any disputes referred to in paragraph (*c*) and respecting the remedies that may be sought in the court, the procedure of the court in the matter and the decisions and orders it may make; and

(*e*) generally governing the issue of a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (*a*) in circumstances where the issue of that notice, certificate, permit or other document might result directly or indirectly in the infringement of a patent.

(5) In the event of any inconsistency or conflict between

(*a*) this section or any regulations made under this section, and

(*b*) any Act of Parliament or any regulations made thereunder,

this section or the regulations made under this section shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict.

d'un titre visé à l'alinéa *a*), quant à la date à laquelle le titre en question peut être délivré ou prendre effet;

d) conférant des droits d'action devant tout tribunal compétent concernant les litiges visés à l'alinéa *c*), les conclusions qui peuvent être recherchées, la procédure devant ce tribunal et les décisions qui peuvent être rendues;

e) sur toute autre mesure concernant la délivrance d'un titre visé à l'alinéa *a*) lorsque celle-ci peut avoir pour effet la contrefaçon de brevet.

(5) Une disposition réglementaire prise sous le régime du présent article prévaut sur toute disposition législative ou réglementaire fédérale divergente.

Food and Drug Regulations, C.R.C. 1978, c. 870 (am. SOR/95-411)

C.08.002. (1) No person shall sell or advertise a new drug unless

(*a*) the manufacturer of the new drug has filed with the Minister a new drug submission or an abbreviated new drug submission relating to the new drug that is satisfactory to the Minister;

(*b*) the Minister has issued, pursuant to section C.08.004, a notice of compliance to the manufacturer of the new drug in respect of the new drug submission or abbreviated new drug submission;

(*c*) the notice of compliance in respect of the submission has not been suspended pursuant to section C.08.006; and

(*d*) the manufacturer of the new drug has submitted to the Minister specimens of the final version of any labels, including package inserts, product brochures and file cards, intended for use in connection with

Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C. 1978, ch. 870 (mod. DORS/95-411)

C.08.002. (1) Il est interdit de vendre ou d'annoncer une drogue nouvelle, à moins que les conditions suivantes ne soient réunies :

a) le fabricant de la drogue nouvelle a, relativement à celle-ci, déposé auprès du ministre une présentation de drogue nouvelle ou une présentation abrégée de drogue nouvelle que celui-ci juge acceptable;

b) le ministre a, aux termes de l'article C.08.004, délivré au fabricant de la drogue nouvelle un avis de conformité relativement à la présentation de drogue nouvelle ou à la présentation abrégée de drogue nouvelle;

c) l'avis de conformité relatif à la présentation n'a pas été suspendu aux termes de l'article C.08.006;

d) le fabricant de la drogue nouvelle a présenté au ministre, sous leur forme définitive, des échantillons des étiquettes — y compris toute notice jointe à l'emballage, tout dépliant et toute fiche sur le produit —

that new drug, and a statement setting out the proposed date on which those labels will first be used.

(2) A new drug submission shall contain sufficient information and material to enable the Minister to assess the safety and effectiveness of the new drug, including the following:

(*a*) a description of the new drug and a statement of its proper name or its common name if there is no proper name;

(*b*) a statement of the brand name of the new drug or the identifying name or code proposed for the new drug;

(*c*) a list of the ingredients of the new drug, stated quantitatively, and the specifications for each of those ingredients;

(*d*) a description of the plant and equipment to be used in the manufacture, preparation and packaging of the new drug;

(*e*) details of the method of manufacture and the controls to be used in the manufacture, preparation and packaging of the new drug;

(*f*) details of the tests to be applied to control the potency, purity, stability and safety of the new drug;

(*g*) detailed reports of the tests made to establish the safety of the new drug for the purpose and under the conditions of use recommended;

(*h*) substantial evidence of the clinical effectiveness of the new drug for the purpose and under the conditions of use recommended;

(*i*) a statement of the names and qualifications of all the investigators to whom the new drug has been sold;

(*j*) a draft of every label to be used in conjunction with the new drug;

(*k*) a statement of all the representations to be made for the promotion of the new drug respecting

(i) the recommended route of administration of the new drug,

(ii) the proposed dosage of the new drug,

destinées à être utilisées pour la drogue nouvelle, ainsi qu'une déclaration indiquant la date à laquelle il est prévu de commencer à utiliser ces étiquettes.

(2) La présentation de drogue nouvelle doit contenir suffisamment de renseignements et de matériel pour permettre au ministre d'évaluer l'innocuité et l'efficacité de la drogue nouvelle, notamment :

a) une description de la drogue nouvelle et une mention de son nom propre ou, à défaut, de son nom usuel;

b) une mention de la marque nominative de la drogue nouvelle ou du nom ou code d'identification projeté pour celle-ci;

c) la liste quantitative des ingrédients de la drogue nouvelle et les spécifications relatives à chaque ingrédient;

d) la description des installations et de l'équipement à utiliser pour la fabrication, la préparation et l'emballage de la drogue nouvelle;

e) des précisions sur la méthode de fabrication et les mécanismes de contrôle à appliquer pour la fabrication, la préparation et l'emballage de la drogue nouvelle;

f) le détail des épreuves qui doivent être effectuées pour contrôler l'activité, la pureté, la stabilité et l'innocuité de la drogue nouvelle;

g) les rapports détaillés des épreuves effectuées en vue d'établir l'innocuité de la drogue nouvelle, aux fins et selon le mode d'emploi recommandés;

h) des preuves substantielles de l'efficacité clinique de la drogue nouvelle aux fins et selon le mode d'emploi recommandés;

i) la déclaration des noms et titres professionnels de tous les chercheurs à qui la drogue nouvelle a été vendue;

j) une esquisse de chacune des étiquettes qui doivent être employées relativement à la drogue nouvelle;

k) la déclaration de toutes les recommandations qui doivent être faites dans la réclame pour la drogue nouvelle, au sujet

(i) de la voie d'administration recommandée pour la drogue nouvelle,

(ii) de la posologie proposée pour la drogue nouvelle,

(iii) the claims to be made for the new drug, and

(iv) the contra-indications and side effects of the new drug;

(*l*) a description of the dosage form in which it is proposed that the new drug be sold;

(*m*) evidence that all test batches of the new drug used in any studies conducted in connection with the submission were manufactured and controlled in a manner that is representative of market production; and

(*n*) for a drug intended for administration to food-producing animals, the withdrawal period of the new drug.

. . .

C.08.002.1. (1) A manufacturer of a new drug may file an abbreviated new drug submission for the new drug where, in comparison with a Canadian reference product,

(*a*) the new drug is the pharmaceutical equivalent of the Canadian reference product;

(*b*) the new drug is bioequivalent with the Canadian reference product, based on the pharmaceutical and, where the Minister considers it necessary, bioavailability characteristics;

(*c*) the route of administration of the new drug is the same as that of the Canadian reference product; and

(*d*) the conditions of use for the new drug fall within the conditions of use for the Canadian reference product.

(2) An abbreviated new drug submission shall contain sufficient information and material to enable the Minister to assess the safety and effectiveness of the new drug, including the following:

(*a*) the information and material described in paragraphs C.08.002(2)(*a*) to (*f*) and (*j*) to (*l*);

(*b*) information identifying the Canadian reference product used in any comparative studies conducted in connection with the submission;

(*c*) evidence from the comparative studies conducted in connection with the submission that the new drug is

(i) the pharmaceutical equivalent of the Canadian reference product, and

(iii) des propriétés attribuées à la drogue nouvelle,

(iv) des contre-indications et les effets secondaires de la drogue nouvelle;

l) la description de la forme posologique proposée pour la vente de la drogue nouvelle;

m) les éléments de preuve établissant que les lots d'essai de la drogue nouvelle ayant servi aux études menées dans le cadre de la présentation ont été fabriqués et contrôlés d'une manière représentative de la production destinée au commerce;

n) dans le cas d'une drogue nouvelle destinée à être administrée à des animaux producteurs de denrées alimentaires, le délai d'attente applicable.

. . .

C.08.002.1. (1) Le fabricant d'une drogue nouvelle peut déposer à l'égard de celle-ci une présentation abrégée de drogue nouvelle si, par comparaison à un produit de référence canadien :

a) la drogue nouvelle est un équivalent pharmaceutique du produit de référence canadien;

b) elle est bioéquivalente au produit de référence canadien d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, si le ministre l'estime nécessaire, d'après les caractéristiques en matière de biodisponibilité;

c) la voie d'administration de la drogue nouvelle est identique à celle du produit de référence canadien;

d) les conditions thérapeutiques relatives à la drogue nouvelle figurent parmi celles qui s'appliquent au produit de référence canadien.

(2) La présentation abrégée de drogue nouvelle doit contenir suffisamment de renseignements et de matériel pour permettre au ministre d'évaluer l'innocuité et l'efficacité de la drogue nouvelle, notamment :

a) les renseignements et le matériel visés aux alinéas C.08.002(2)*a*) à *f*) et *j*) à *l*);

b) les renseignements permettant d'identifier le produit de référence canadien utilisé pour les études comparatives menées dans le cadre de la présentation;

c) les éléments de preuve, provenant des études comparatives menées dans le cadre de la présentation, établissant que la drogue nouvelle :

(i) d'une part, est un équivalent pharmaceutique du produit de référence canadien,

(ii) where the Minister considers it necessary on the basis of the pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics of the new drug, bioequivalent with the Canadian reference product as demonstrated using bioavailability studies, pharmacodynamic studies or clinical studies;

(*d*) evidence that all test batches of the new drug used in any studies conducted in connection with the submission were manufactured and controlled in a manner that is representative of market production; and

(*e*) for a drug intended for administration to food-producing animals, sufficient information to confirm that the withdrawal period is identical to that of the Canadian reference product.

. . .

C.08.004. (1) Subject to section C.08.004.1, the Minister shall, after completing an examination of a new drug submission or abbreviated new drug submission or a supplement to either submission,

(*a*) if that submission or supplement complies with section C.08.002, C.08.002.1 or C.08.003, as the case may be, and section C.08.005.1, issue a notice of compliance; or

(*b*) if that submission or supplement does not comply with section C.08.002, C.08.002.1 or C.08.003, as the case may be, or section C.08.005.1, notify the manufacturer that the submission or supplement does not so comply.

Appeal allowed with costs, MAJOR, BASTARACHE *and* CHARRON JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Miller Thomson, Toronto.

Solicitors for the respondents Bristol-Myers Squibb Company and Bristol-Myers Squibb Canada Inc.: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Generic Pharmaceutical Association: Hazzard & Hore, Toronto.

(ii) d'autre part, si le ministre l'estime nécessaire d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, d'après les caractéristiques en matière de biodisponibilité de celle-ci, est bioéquivalente au produit de référence canadien selon les résultats des études en matière de biodisponibilité, des études pharmacodynamiques ou des études cliniques;

d) les éléments de preuve établissant que les lots d'essai de la drogue nouvelle ayant servi aux études menées dans le cadre de la présentation ont été fabriqués et contrôlés d'une manière représentative de la production destinée au commerce;

e) dans le cas d'une drogue destinée à être administrée à des animaux producteurs de denrées alimentaires, les renseignements permettant de confirmer que le délai d'attente est identique à celui du produit de référence canadien.

. . .

C.08.004. (1) Sous réserve de l'article C.08.004.1, après avoir terminé l'examen d'une présentation de drogue nouvelle, d'une présentation abrégée de drogue nouvelle ou d'un supplément à l'une de ces présentations, le ministre :

a) si la présentation ou le supplément est conforme aux articles C.08.002, C.08.002.1 ou C.08.003, selon le cas, et à l'article C.08.005.1, délivre un avis de conformité;

b) si la présentation ou le supplément n'est pas conforme aux articles C.08.002, C.08.002.1 ou C.08.003, selon le cas, ou à l'article C.08.005.1, en informe le fabricant.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges MAJOR, BASTARACHE *et* CHARRON *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante : Miller Thomson, Toronto.

Procureurs des intimées Bristol-Myers Squibb Company et Bristol-Myers Squibb Canada Inc. : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne du médicament générique : Hazzard & Hore, Toronto.

Solicitors for the intervener Pfizer Canada Inc.: Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Pfizer Canada Inc. : Torys, Toronto.

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
http://publication.gc.ca

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
http://publication.gc.ca

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 2005 Vol. 1

4e cahier, 2005 Vol. 1

Cited as [2005] 1 S.C.R. 627-789

Renvoi [2005] 1 R.C.S. 627-789

LIBRARY - SUPREME COURT OF CANADA
BIBLIOTHÈQUE - COUR SUPRÊME DU CANADA

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2005.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2005.

CONTENTS

Canada (House of Commons) *v.* Vaid 667

Constitutional law — Parliamentary privilege — Existence of privilege — Former chauffeur to Speaker of House of Commons filing discrimination and harassment complaints against Speaker and House after his position declared surplus — House and Speaker asserting parliamentary privilege in relation to "management of employees" to challenge jurisdiction of Canadian Human Rights Commission to investigate chauffeur's complaints — Whether claimed parliamentary privilege exists — Constitution Act, 1867, s. 18 — Parliament of Canada Act, R.S.C. 1985, c. P-1, s. 4.

Human rights — Human rights legislation — Application — Parliamentary employees — Whether Canadian Human Rights Act applicable to employees of Senate and House of Commons — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 2.

Administrative law — Human rights tribunal — Jurisdiction — Parliamentary employees — Workplace complaints raising human rights issues — Chauffeur to Speaker of House of Commons declared surplus and filing discrimination and harassment complaints against Speaker and House — Whether Canadian Human Rights Commission has jurisdiction to investigate chauffeur's complaints — Whether chauffeur's complaints should proceed by way of grievance under the Parliamentary Employment and Staff Relations Act — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 2 — Parliamentary Employment and Staff Relations Act, R.S.C. 1985, c. 33 (2nd Supp.), s. 2.

Glegg *v.* Smith & Nephew Inc. 724

Civil procedure — Production of documents — Medical records — Examination on discovery — Plaintiff suing her attending physicians and manufacturer of prosthesis in civil liability — Significant portion of damages sought under heads of pain and suffering, shock and nervousness — Plaintiff objecting at examination on discovery to disclosure of medical record kept by her psychiatrist — Whether objection should be dismissed — Whether plaintiff implicitly waived confidentiality of her medical record — Whether defendants demonstrated relevance of this disclosure.

Physicians and surgeons — Professional secrecy — Medical record — Access to content of medical record — Extent of disclosure — Principle of relevance.

Physicians and surgeons — Professional secrecy — Medical record — Waiver — Waiver by patient of confidentiality of

Continued on next page

SOMMAIRE

Banque royale du Canada *c.*
State Farm Fire and Casualty Co. 779

Assurance — Assurance-incendie — Conditions légales — Changement essentiel pour l'appréciation du risque — Inoccupation — Clause hypothécaire — Maison assurée inoccupée par les propriétaires au moment de l'incendie — Assureur n'ayant pas été avisé de l'inoccupation — Demande d'indemnité par les créanciers hypothécaires en vertu de la police d'assurance, selon la clause hypothécaire type — Condition légale permettant d'annuler le contrat d'assurance si l'assureur n'a pas été promptement avisé d'un changement essentiel pour l'appréciation du risque sur lequel l'assuré avait un contrôle ou dont il avait connaissance — Demande d'indemnité refusée par l'assureur, au motif que l'inoccupation constituait un « changement essentiel pour l'appréciation du risque » — L'assureur peut-il refuser la protection, au motif que les créanciers hypothécaires ne l'ont pas avisé de l'inoccupation de la maison?

Canada (Chambre des communes) *c.* Vaid 667

Droit constitutionnel — Privilège parlementaire — Existence du privilège — Ancien chauffeur du président de la Chambre des communes ayant déposé des plaintes pour discrimination et harcèlement contre la Chambre et son président après que son poste a été déclaré excédentaire — Privilège parlementaire à l'égard de la « gestion du personnel » invoqué par la Chambre et son président pour contester la compétence de la Commission canadienne des droits de la personne d'enquêter sur les plaintes du chauffeur — Le privilège invoqué existe-t-il? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 18 — Loi sur le Parlement du Canada, L.R.C. 1985, ch. P-1, art. 4.

Droits de la personne — Législation en matière de droits de la personne — Application — Employés du Parlement — La Loi canadienne sur les droits de la personne s'applique-t-elle aux employés du Sénat et de la Chambre des communes? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 2.

Droit administratif — Tribunal des droits de la personne — Compétence — Employés du Parlement — Plaintes en matière de relations de travail soulevant des questions de droits de la personne — Poste de chauffeur du président de la Chambre des communes déclaré excédentaire — Plaintes pour discrimination et harcèlement déposées contre la Chambre et son président — La Commission canadienne des droits de la personne a-t-elle compétence pour enquêter sur les plaintes du chauffeur? — Les plaintes du chauffeur doivent-elles être instruites par voie de grief sous le régime de la Loi sur les relations de travail au Parlement? — Loi

Suite à la page suivante

her medical record and of physician's duty of professional secrecy — Scope and limits of this waiver.

Janssen-Ortho Inc. *v.* Novopharm Ltd.....776

Practice — Supreme Court of Canada — Motion to extend time to file application for leave to appeal — Lack of diligence to file application — Motion dismissed.

Prebushewski *v.* Dodge City Auto (1984) Ltd. 649

Sale of goods — Statutory warranties — Breach of warranties — Truck bursting into flames and destroyed due to manufacturing defect — Consumer successfully suing car manufacturer and dealer for breach of statutory warranties pursuant to consumer protection legislation — Whether violation of consumer protection legislation justified award of exemplary damages — Whether violation was "wilful" — Consumer Protection Act, S.S. 1996, c. C-30.1, s. 65.

Damages — Exemplary damages — Consumer protection — Truck bursting into flames and destroyed due to manufacturing defect — Consumer successfully suing car manufacturer and dealer for breach of statutory warranties pursuant to consumer protection legislation — Trial judge awarding exemplary damages against car manufacturer and dealer — Whether violation of consumer protection legislation justified award of exemplary damages — Whether exemplary damages provision merely codified common law test for awarding such damages — Consumer Protection Act, S.S. 1996, c. C-30.1, s. 65.

Costs — Party-and-party costs — Consumer protection — Consumer successfully suing car manufacturer and dealer for breach of statutory warranties pursuant to consumer protection legislation — Court of Appeal affirming award of costs to consumer at trial but awarding costs against her on appeal because manufacturer and dealer achieved substantial success — Consumer protection legislation provides that costs may not be awarded against consumer bringing suit against a manufacturer or retail seller for breach of warranty unless suit is frivolous or vexatious — Whether Court of Appeal had jurisdiction to award costs against consumer — Whether protective scope of costs provision limited to proceedings at trials — Consumer Protection Act, S.S. 1996, c. C-30.1, s. 66.

R. *v.* Dionne..... 665

Criminal law — Evidence — Circumstantial evidence — Recent possession.

R. *v.* Fice.....742

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Whether pre-sentence custody should affect sentencing judge's determination of availability of conditional

Continued on next page

canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 2 — Loi sur les relations de travail au Parlement, L.R.C. 1985, ch. 33 (2e suppl.), art. 2.

Glegg *c.* Smith & Nephew Inc..... 724

Procédure civile — Production de documents — Dossiers médicaux — Interrogatoire préalable — Demanderesse poursuivant en responsabilité civile ses médecins traitants et le fabricant d'une prothèse — Partie importante des dommages-intérêts réclamés correspondant aux chefs de souffrance et douleur, choc et nervosité — Objection de la demanderesse à la divulgation de son dossier médical tenu par son psychiatre au cours de l'interrogatoire préalable — Cette objection doit-elle être rejetée? — La demanderesse a-t-elle renoncé implicitement à la confidentialité de son dossier médical? — Les défendeurs ont-ils démontré la pertinence de cette divulgation?

Médecins et chirurgiens — Secret professionnel — Dossier médical — Accès au contenu d'un dossier médical — Étendue de la divulgation — Principe de la pertinence.

Médecins et chirurgiens — Secret professionnel — Dossier médical — Renonciation — Renonciation du patient à la confidentialité de son dossier médical et au secret professionnel du médecin — Portée et limite de cette renonciation.

Janssen-Ortho Inc. *c.* Novopharm Ltd.....776

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en prorogation du délai pour déposer la demande d'autorisation d'appel — Manque de diligence pour déposer la demande — Requête rejetée.

Prebushewski *c.* Dodge City Auto (1984) Ltd. 649

Vente de marchandises — Garanties légales — Violation de garanties — Camion détruit par un incendie causé par un défaut de fabrication — Consommateur ayant poursuivi avec succès en vertu de la loi sur la protection des consommateurs le fabricant et le détaillant pour violation des garanties légales — La violation de la loi sur la protection des consommateurs justifiait-elle l'octroi de dommages-intérêts exemplaires? — La violation était-elle « délibérée »? — Consumer Protection Act, S.S. 1996, ch. C-30.1, art. 65.

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts exemplaires — Protection des consommateurs — Camion détruit par un incendie causé par un défaut de fabrication — Consommateur ayant poursuivi avec succès en vertu de la loi sur la protection des consommateurs le fabricant et le détaillant pour violation des garanties légales — La juge du procès a condamné le fabricant et le détaillant à verser des dommages-intérêts exemplaires — La violation de la loi sur la protection des consommateurs justifiait-elle

Suite à la page suivante

sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 719(3), 742.1.

R. *v.* Gunning **627**

Criminal law — Trial by jury — Respective functions of judge and jury — Murder — Accused fatally shot trespasser who refused to leave his home — Accused claimed that shooting accidental and that he intended to use his gun solely to intimidate trespasser in defence of his property — Careless use of firearm and intent central issues at trial — Whether trial judge exceeded his proper function by directing jury that offence of careless use of firearm had been made out and by failing to instruct jury on defence of property.

Royal Bank of Canada *v.* State Farm Fire and Casualty Co. **779**

Insurance — Fire Insurance — Statutory conditions — Material change to risk — Vacancy — Mortgage clause — Insured house vacated by owners at time of fire — Insurer not notified of vacancy — Mortgagees making claim under insurance policy pursuant to standard mortgage clause — Statutory condition permitting avoidance of insurance contract if insurer not promptly notified of any change material to risk within control and knowledge of insured — Insurer denying claim, asserting vacancy was "change material to the risk" — Whether insurer may void coverage on basis mortgagees failed to notify it that house had been vacated.

l'octroi de dommages-intérêts exemplaires? — La disposition relative aux dommages-intérêts exemplaires n'a-t-elle fait que codifier la règle de common law régissant l'octroi de tels dommages-intérêts? — Consumer Protection Act, S.S. 1996, ch. C-30.1, art. 65.

Dépens — Dépens sur la base partie-partie — Protection des consommateurs — Consommateur ayant poursuivi avec succès en vertu de la loi sur la protection des consommateurs le fabricant et le détaillant pour violation des garanties légales — La Cour d'appel a maintenu les dépens accordés au consommateur en première instance mais les a adjugés au fabricant et au détaillant en appel au motif qu'ils avaient eu gain de cause pour l'essentiel — Disposition de la loi sur la protection des consommateurs précisant que le consommateur qui poursuit un fabricant ou un détaillant pour violation de garanties ne peut être condamné aux dépens à moins que son action ne soit frivole ou vexatoire — La Cour d'appel avait-elle le pouvoir de condamner le consommateur aux dépens? — Le champ d'application de cette disposition protégeant les consommateurs contre les condamnations aux dépens se limite-t-il aux procédures intentées en première instance? — Consumer Protection Act, S.S. 1996, ch. C-30.1, art. 66.

R. *c.* Dionne **665**

Droit criminel — Preuve — Preuve circonstancielle — Possession récente.

R. *c.* Fice **742**

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — La période de détention présentencielle devrait-elle influer sur la possibilité d'ordonner l'emprisonnement avec sursis? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 719(3), 742.1.

R. *c.* Gunning **627**

Droit criminel — Procès avec jury — Fonctions respectives du juge et du jury — Meurtre — Accusé ayant abattu d'un coup de feu un intrus qui refusait de quitter sa maison — Allégation de l'accusé que la fusillade était accidentelle et qu'il avait voulu utiliser son fusil uniquement pour intimider l'intrus en défendant son bien — Les questions de l'usage négligent d'une arme à feu et de l'intention étaient au cœur du procès — Le juge du procès a-t-il débordé le cadre légitime de sa fonction en disant au jury que l'existence de l'infraction d'usage négligent d'une arme à feu avait été établie et en omettant de lui donner des directives sur la défense d'un bien?

Jody James Gunning *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* GUNNING

Neutral citation: 2005 SCC 27.

File No.: 30161.

2005: February 15; 2005: May 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Trial by jury — Respective functions of judge and jury — Murder — Accused fatally shot trespasser who refused to leave his home — Accused claimed that shooting accidental and that he intended to use his gun solely to intimidate trespasser in defence of his property — Careless use of firearm and intent central issues at trial — Whether trial judge exceeded his proper function by directing jury that offence of careless use of firearm had been made out and by failing to instruct jury on defence of property.

The accused fatally shot C, a person unknown to the accused who had entered his home uninvited during a party. The accused denied that he intended to kill C. Although his memory was sketchy due to his consumption of alcohol, he testified that C had assaulted him and refused to leave his house after they had argued. He claimed that he was scared, so he took out and loaded the shotgun to intimidate C into leaving. He testified that the gun discharged accidentally. The focus of the trial was on whether the shooting was intentional or accidental. The trial judge, however, instructed the jury that the offence of careless use of a firearm had been made out and he refused to instruct the jury on defence of property. Later in his charge, he purported to correct the impugned instruction on careless use of a firearm. The accused was convicted of second degree murder. The Court of Appeal upheld the conviction.

Jody James Gunning *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* GUNNING

Référence neutre : 2005 CSC 27.

N° du greffe : 30161.

2005 : 15 février; 2005 : 19 mai.

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

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

Droit criminel — Procès avec jury — Fonctions respectives du juge et du jury — Meurtre — Accusé ayant abattu d'un coup de feu un intrus qui refusait de quitter sa maison — Allégation de l'accusé que la fusillade était accidentelle et qu'il avait voulu utiliser son fusil uniquement pour intimider l'intrus en défendant son bien — Les questions de l'usage négligent d'une arme à feu et de l'intention étaient au cœur du procès — Le juge du procès a-t-il débordé le cadre légitime de sa fonction en disant au jury que l'existence de l'infraction d'usage négligent d'une arme à feu avait été établie et en omettant de lui donner des directives sur la défense d'un bien?

L'accusé a abattu d'un coup de feu C, un inconnu entré chez lui au cours d'une fête à laquelle il n'avait pas été invité. L'accusé a nié avoir eu l'intention de tuer C. Malgré un souvenir flou des faits dû à l'alcool qu'il avait consommé, il a témoigné que C l'avait attaqué et avait refusé de quitter sa maison à la suite d'une dispute. Il a soutenu qu'il était effrayé et qu'il avait, pour cette raison, sorti et chargé le fusil dans le but d'intimider C et de l'inciter ainsi à partir. Il a témoigné que le coup de feu était parti accidentellement. Le procès a porté sur la question de savoir si la fusillade était intentionnelle ou accidentelle. Cependant, le juge du procès a dit au jury que l'existence de l'infraction d'usage négligent d'une arme à feu avait été établie et il a refusé de lui donner des directives sur la défense d'un bien. Plus tard dans son exposé, il a semblé corriger la directive contestée sur l'usage négligent d'une arme à feu. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité.

Held: The appeal should be allowed. The conviction should be set aside and a new trial ordered.

The trial judge erred in instructing the jury that the Crown had proven the "unlawful act" necessary to prove murder or manslaughter and his recharge did not cure the error. It is a basic principle of law that the jury is to decide whether an offence has been proven on the facts. The judge is entitled to give an opinion on a question of fact but not a direction. A trial judge has no duty or entitlement to direct a verdict of guilty and the duty to keep from the jury affirmative defences lacking an evidential foundation does not detract from this principle. In this case, if the jury was satisfied that the accused intended to kill C, the unlawful act that caused the death would be the shooting itself and the accused would be guilty of murder. If the Crown failed to prove an intent to kill, the accused would be guilty of manslaughter only if he was guilty of the unlawful act of careless use of a firearm. If the jury had a reasonable doubt on this question, he was entitled to an acquittal. In finding that the accused's use of the firearm was careless within the meaning of s. 86 of the *Criminal Code*, and an unlawful act that caused the death of C, the trial judge encroached on the exclusive domain of the jury. That issue, together with the question of intent to kill, were central in this trial. It was incumbent upon the trial judge to instruct the jury on the law in respect of the careless use of a firearm, including any defences that arose on the evidence, and to leave for the jury the application of the law to the facts. [5] [21-22] [35]

The trial judge also erred in failing to instruct the jury on the defence of house or property under s. 41 of the *Criminal Code*. The accused advanced the defence in respect of his use of the firearm prior and up to what he alleged to have been an accidental shooting. On the evidence, this defence raised a real issue for the jury to decide, but the jurors were never told that a person is entitled at law to forcibly remove a trespasser from his home, so long as he uses no more force than necessary. They were directed, as a matter of law, that the accused's conduct before the shooting was the unlawful act of careless use of a firearm. The trial judge effectively determined the merits of the defence, a matter that was for the jury to resolve. [6] [22] [37-38]

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. La déclaration de culpabilité est annulée et un nouveau procès est ordonné.

Le juge du procès a commis une erreur en disant au jury que le ministère public avait prouvé l'« acte illégal » nécessaire pour établir l'existence d'un meurtre ou d'un homicide involontaire coupable, et sa directive subséquente n'a pas corrigé cette erreur. Selon un principe de droit fondamental, il appartient au jury de décider si, compte tenu des faits, l'existence de l'infraction est établie. Le juge a le droit d'exprimer une opinion sur une question de fait, mais non de donner une directive à ce sujet. Le juge du procès n'a aucune obligation ni aucun droit d'imposer un verdict de culpabilité, et l'obligation de soustraire à l'appréciation du jury les moyens de défense affirmatifs dénués de fondement probant ne déroge pas à ce principe. En l'espèce, si le jury était convaincu que l'accusé avait l'intention de tuer C, l'acte illégal ayant causé la mort serait la fusillade elle-même et l'accusé serait coupable de meurtre. Si le ministère public n'avait pas prouvé l'intention de tuer, l'accusé serait coupable d'homicide involontaire coupable pourvu uniquement qu'il soit coupable de l'acte illégal d'usage négligent d'une arme à feu. L'accusé avait droit à l'acquittement si le jury avait un doute raisonnable à cet égard. Le juge du procès a empiété sur les fonctions exclusives du jury lorsqu'il a conclu que l'usage de l'arme à feu par l'accusé était négligent au sens de l'art. 86 du *Code criminel* et qu'il constituait un acte illégal ayant causé la mort de C. Cette question et celle de l'intention de tuer étaient au cœur du procès. Le juge du procès devait donner au jury des directives sur le droit applicable à l'usage négligent d'une arme à feu, y compris sur tous les moyens de défense pouvant être invoqués d'après la preuve, et laisser au jury le soin d'appliquer le droit aux faits. [5] [21-22] [35]

Le juge du procès a également commis une erreur en omettant de donner au jury des directives sur la défense d'une maison ou d'un bien prévue à l'art. 41 du *Code criminel*. L'accusé a invoqué ce moyen de défense à l'égard de l'usage qu'il avait fait de l'arme à feu avant la fusillade qu'il a qualifiée d'accidentelle et jusqu'au moment de cette fusillade. Au vu de la preuve, ce moyen de défense soulevait réellement une question qu'il appartenait au jury de trancher, mais les jurés n'ont jamais été informés qu'une personne a le droit d'employer la force pour éloigner un intrus de sa maison, pourvu qu'elle ne fasse usage que de la force nécessaire. Ils ont reçu la directive, en droit, selon laquelle la conduite de l'accusé avant la fusillade constituait l'acte illégal d'usage négligent d'une arme à feu. Le juge du procès s'est, en fait, prononcé sur le bien-fondé du moyen de défense alors qu'il appartenait au jury de le faire. [6] [22] [37-38]

In view of the fact that the jury was not properly instructed in respect of matters fundamental to the defence, reliance cannot be placed on the verdict to conclude that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different without these errors. [7]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103; *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R. v. Clark* (1983), 5 C.C.C. (3d) 264; *R. v. Bacon*, [1999] Q.J. No. 19 (QL); *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 763; *R. v. Wang*, [2005] 1 All E.R. 782, [2005] UKHL 9; *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29; *R. v. Fontaine*, [2004] 1 S.C.R. 702, 2004 SCC 27.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(*f*).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 41, 86, 222(1), (5), 229, 232(1), (2).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Huddart and Mackenzie JJ.A.) (2003), 186 B.C.A.C. 225, 306 W.A.C. 225, [2003] B.C.J. No. 2075 (QL), 2003 BCCA 477, upholding the accused's conviction for second degree murder. Appeal allowed.

Glen Orris, Q.C., for the appellant.

Richard C. C. Peck, Q.C., and *Paul Barclay*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

I. Overview

Jody James Gunning was charged with second degree murder in respect of the fatal shooting of Chester Charlie, a person unknown to Mr. Gunning who had entered his home uninvited during a party. Mr. Charlie was killed by a single shotgun wound to the neck. In defence to the charge, Mr. Gunning denied that he intended to kill Mr. Charlie. Although his memory of the events was sketchy due to his consumption of alcohol, Mr. Gunning testified that, after Mr. Charlie had assaulted him and refused to

Étant donné que le jury n'a pas reçu des directives appropriées sur des questions fondamentales pour la défense, on ne peut pas s'en remettre au verdict pour conclure à l'absence de possibilité raisonnable qu'il eût été différent sans ces erreurs. [7]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103; *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R. c. Clark* (1983), 5 C.C.C. (3d) 264; *R. c. Bacon*, [1999] J.Q. nº 19 (QL); *Chandler c. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 763; *R. c. Wang*, [2005] 1 All E.R. 782, [2005] UKHL 9; *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29; *R. c. Fontaine*, [2004] 1 R.C.S. 702, 2004 CSC 27.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11*f*).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 41, 86, 222(1), (5), 229, 232(1), (2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Huddart et Mackenzie) (2003), 186 B.C.A.C. 225, 306 W.A.C. 225, [2003] B.C.J. No. 2075 (QL), 2003 BCCA 477, confirmant la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli.

Glen Orris, c.r., pour l'appelant.

Richard C. C. Peck, c.r., et *Paul Barclay*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

I. Aperçu

1 Jody James Gunning a été accusé du meurtre au deuxième degré de Chester Charlie, un inconnu qu'il a abattu d'un coup de feu après qu'il fut entré chez lui au cours d'une fête à laquelle il n'avait pas été invité. M. Charlie a succombé à une décharge de fusil de chasse qui l'a atteint au cou. M. Gunning a fait valoir pour sa défense qu'il n'avait pas eu l'intention de tuer M. Charlie. Malgré un souvenir flou des faits dû à l'alcool qu'il avait consommé, M. Gunning a témoigné avoir sorti son fusil de chasse afin

leave, he had taken out and loaded the shotgun so as to intimidate or scare him into leaving. In the course of confronting Mr. Charlie, the gun discharged accidentally.

2 Mr. Gunning was tried before a judge and a jury. The focus of the entire trial was on the question of whether the shooting was an intentional killing or a tragic accident. The trial judge instructed the jury on the defences of intoxication and provocation but refused to leave the defence of property for their consideration. The trial judge further instructed the jury that the underlying offence of careless use of a firearm had been made out, thereby precluding any possible verdict of acquittal. Later in his charge, the trial judge purported to correct the latter instruction. Mr. Gunning was convicted of second degree murder.

3 On appeal to the British Columbia Court of Appeal, Mr. Gunning, among other grounds, contended that the trial judge erred by failing to instruct the jury on the defence of property. He argued further that the trial judge overstepped his role by effectively instructing the jury that there were no defences to the underlying offence of careless use of a firearm, thereby wrongfully depriving him of the only avenue to an acquittal.

4 The British Columbia Court of Appeal rejected Mr. Gunning's arguments on the basis that none of the alleged errors would have affected the verdict of guilty on the charge of murder: (2003), 186 B.C.A.C. 225, 2003 BCCA 477. In essence, the court reasoned that, on the evidence, a jury could not avoid the conclusion that the underlying offence of careless use of a firearm had been made out. The court was further of the view that the question of whether the use of the shotgun prior to the shooting was lawful or unlawful became irrelevant once the jury rejected the defence of accident and was persuaded that the shooting was an intentional killing.

d'intimider ou d'effrayer M. Charlie et de l'inciter ainsi à s'en aller, après que celui-ci l'eut attaqué et eut refusé de partir. Au cours de l'altercation avec M. Charlie, un coup de feu est parti accidentellement.

M. Gunning a subi son procès devant un juge et un jury. L'ensemble du procès a porté sur la question de savoir si la fusillade était un homicide intentionnel ou un accident tragique. Le juge du procès a donné au jury des directives sur l'intoxication et la provocation comme moyens de défense, mais il a refusé de lui soumettre le moyen fondé sur la défense d'un bien. Il a ajouté que l'existence de l'infraction sous-jacente d'usage négligent d'une arme à feu avait été établie, ce qui avait pour effet d'écarter toute possibilité d'acquittement. Plus tard dans son exposé, le juge du procès a semblé corriger la dernière directive. M. Gunning a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.

En appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, M. Gunning a fait valoir notamment que le juge du procès avait commis une erreur en ne donnant pas au jury des directives sur la défense d'un bien. Il a ajouté que le juge du procès avait outrepassé son rôle en disant, en fait, au jury qu'aucun moyen de défense ne pouvait être invoqué à l'égard de l'infraction sous-jacente d'usage négligent d'une arme à feu, ce qui avait eu pour effet de le priver à tort du seul moyen d'obtenir un acquittement.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté les arguments de M. Gunning pour le motif qu'aucune des erreurs alléguées n'aurait influé sur le verdict de culpabilité de meurtre : (2003), 186 B.C.A.C. 225, 2003 BCCA 477. La cour a expliqué essentiellement que, compte tenu de la preuve, un jury ne pouvait que conclure que l'existence de l'infraction sous-jacente d'usage négligent d'une arme à feu avait été établie. La cour considérait, en outre, qu'il n'importait plus de savoir si l'usage du fusil avant la fusillade était légal ou illégal, après que le jury eut rejeté la thèse de l'accident comme moyen de défense et qu'il fut convaincu que la fusillade constituait un homicide intentionnel.

With respect, I disagree with the conclusion reached by the Court of Appeal. It is a basic principle of law that, on a trial by judge and jury, it is for the judge to direct the jury on the law and to assist the jury in their consideration of the facts, but it is for the jury, and the jury alone, to decide whether, on the facts, the offence has been proven. It is of fundamental importance to keep these functions separate. The trial judge's duty to keep from the jury affirmative defences lacking an evidential foundation does not detract from this principle. The lawfulness or unlawfulness of Mr. Gunning's use of the shotgun prior to the shooting was a question of crucial importance in this case and it was a matter for the jury to determine. By deciding that the underlying offence of careless use of a firearm had been made out, the trial judge overstepped the proper boundaries of his function and, as I will explain, his later recharge did not cure the error.

The trial judge also erred by failing to instruct the jury on the provisions of s. 41 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, in respect of the defence of house or property. While an intentional shooting could not be justified on this basis, Mr. Gunning never advanced this defence in respect of the shooting. Rather, the defence was advanced in respect of the use of the firearm, prior and up to what he alleged to have been an accidental shooting. On the evidence, this defence raised a real issue for the jury to decide. Rather than limiting his inquiry to the threshold question of whether the defence had any evidential foundation, the trial judge effectively determined the merits of the defence. In doing so, he again exceeded his proper function.

In view of the fact that the jury was not properly instructed in respect of matters fundamental to the defence, I respectfully disagree with the Court of Appeal that reliance can be placed on the verdict of guilty of murder to conclude that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different without the errors. I would allow the

5 En toute déférence, je ne partage pas la conclusion de la Cour d'appel. Selon un principe de droit fondamental, dans un procès devant un juge et un jury, il incombe au juge de donner au jury des directives sur le droit applicable et de l'aider à apprécier les faits, mais il appartient au jury, et à lui seul, de décider si, compte tenu des faits, l'existence de l'infraction est établie. Il est primordial de maintenir séparées ces fonctions. L'obligation du juge du procès de soustraire à l'appréciation du jury les moyens de défense affirmatifs dénués de fondement probant ne déroge pas à ce principe. La question de savoir si l'usage du fusil par M. Gunning avant la fusillade était légal ou illégal revêtait une importance cruciale en l'espèce et il appartenait au jury de la trancher. En décidant que l'existence de l'infraction sous-jacente d'usage négligent d'une arme à feu avait été établie, le juge du procès a débordé le cadre légitime de sa fonction et, comme je vais l'expliquer, sa directive subséquente n'a pas corrigé cette erreur.

6 Le juge du procès a également eu tort de ne pas donner au jury des directives sur les dispositions de l'art. 41 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, concernant la défense d'une maison ou d'un bien immeuble. Bien qu'une fusillade intentionnelle ne fût pas justifiable pour ce motif, M. Gunning n'a jamais invoqué ce moyen de défense à l'égard de la fusillade. Il l'a plutôt invoqué relativement à l'usage qu'il avait fait de l'arme à feu avant la fusillade qu'il a qualifiée d'accidentelle et jusqu'au moment de cette fusillade. Au vu de la preuve, ce moyen de défense soulevait réellement une question qu'il appartenait au jury de trancher. Au lieu de s'en tenir à la question préliminaire de savoir s'il avait quelque fondement probant, le juge du procès s'est, en fait, prononcé sur le bien-fondé du moyen de défense. Ce faisant, il a de nouveau débordé le cadre légitime de sa fonction.

7 Étant donné que le jury n'a pas reçu des directives appropriées sur des questions fondamentales pour la défense, je ne puis en toute déférence souscrire au point de vue de la Cour d'appel selon lequel on peut s'en remettre au verdict de culpabilité de meurtre pour conclure qu'il n'y avait aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent

appeal, set aside the conviction and order a new trial.

II. Background

8 In the early morning hours of May 6, 2000, in Fraser Lake, British Columbia, at the end of a long night of drinking, an altercation between two men left one dead and another in police custody. The evening before, Mr. Gunning had a party at his home, inviting some friends. Although the party did not really get started until later in the day, Mr. Gunning started his drinking in the early afternoon of May 5. His common law spouse left the party some time between 11 p.m. and midnight to have a few drinks with some friends at a local pub. She returned around 3 a.m. and many of the pub occupants followed, none of whom were invited. Among them was Chester Charlie. He did not know Mr. Gunning or his common law spouse.

9 Shortly before the shooting, Mr. Gunning found Mr. Charlie sitting on the edge of his bed going through the bottom drawer of his night stand. He became angry and asked Mr. Charlie "what the fuck he was doing". He told Mr. Charlie to get out, to which Mr. Charlie responded "get the fuck out". Mr. Gunning told Mr. Charlie that it was his house and that he should get out. Mr. Charlie then laid back on the bed, crossed his feet and said "[m]ake me." When Mr. Gunning went to brush Mr. Charlie's feet off the bed, Mr. Charlie kicked him back up against the door. Mr. Gunning testified that he was scared, wanted Mr. Charlie out of his house, felt he needed to intimidate or scare him and was too drunk to fight.

10 Mr. Gunning kept a shotgun, unloaded, in a locked storage locker, the keys to which were kept in a toolbox in the basement. Mr. Gunning had no recollection of going to the basement, getting his keys, opening the locker, obtaining and loading the shotgun or returning upstairs. He did remember going back into the bedroom with the shotgun in hand. Mr. Charlie was sitting on his bed. He testified that

en l'absence des erreurs. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

II. Contexte

Le 6 mai 2000, aux petites heures du matin, à Fraser Lake (Colombie-Britannique), à la suite d'une longue nuit de beuverie, une altercation entre deux hommes s'est soldée par le décès de l'un et l'arrestation de l'autre par la police. Au cours de la soirée précédente, M. Gunning avait reçu des amis chez lui. Bien que la fête n'ait véritablement commencé que plus tard dans la journée, M. Gunning avait commencé à boire au début de l'après-midi du 5 mai. Sa conjointe de fait avait quitté la fête quelque temps entre 23 h et minuit pour aller prendre un verre avec des amis dans un pub local. Elle était revenue à la maison vers 3 h en compagnie de plusieurs clients du pub qui n'étaient pas invités. Chester Charlie comptait parmi ceux-ci. Il ne connaissait ni M. Gunning ni sa conjointe de fait.

Peu avant la fusillade, M. Gunning a découvert M. Charlie assis sur le bord de son lit et en train de fouiller le tiroir inférieur de sa table de nuit. Il s'est mis en colère et a demandé à M. Charlie [TRADUCTION] « ce qu'il foutait là ». Il a ordonné à M. Charlie de sortir, et celui-ci lui a répondu « fous le camp d'ici ». M. Gunning a répliqué que c'était sa maison et qu'il devait quitter les lieux. M. Charlie s'est alors laissé tomber à la renverse sur le lit, a croisé les pieds et a dit « [e]ssaie toi donc. » Lorsque M. Gunning a tenté de pousser les pieds de M. Charlie hors du lit, ce dernier l'a alors poussé d'un coup de pied contre la porte. M. Gunning a témoigné qu'il avait peur, qu'il voulait faire sortir M. Charlie de sa maison, qu'il estimait nécessaire de l'intimider ou de l'effrayer et qu'il était trop ivre pour se battre.

M. Gunning gardait un fusil de chasse non chargé dans un casier de rangement verrouillé dont les clefs se trouvaient dans une boîte à outils au sous-sol. M. Gunning ne se souvenait pas d'être descendu au sous-sol, d'avoir pris les clefs, d'avoir ouvert le casier, de s'être emparé du fusil et de l'avoir chargé ou d'être remonté à l'étage. Par contre, il se souvenait d'être retourné dans la chambre, le fusil à la main.

he did not threaten or point the gun at Mr. Charlie. When he told Mr. Charlie to get out of his house, Mr. Charlie laughed, called him a "real pussy", left the bedroom and started walking down the hall.

Mr. Gunning testified that, relieved Mr. Charlie was leaving, he followed him down the hall. Believing Mr. Charlie had gone, Mr. Gunning began to go down the stairs to the basement when he heard a noise. He went back upstairs and saw Mr. Charlie leaning over a coffee table in the living room. He asked Mr. Charlie what his problem was. Mr. Charlie responded by saying "fuck you" and spat at him. Mr. Gunning "shook his fists" at Mr. Charlie and said "[j]ust get out." In that instant, he saw Mr. Charlie lying on the coffee table in a pool of blood. Mr. Gunning testified that he had been holding the shotgun in one hand, "like you'd hold a pistol". He testified that he ejected the shell from the shotgun, and at that moment "everything closed in on [him]". The time was around 6 a.m.

At approximately 6:10 a.m. Mr. Gunning placed a call to Sgt. Appleton, whom he knew, telling him that he had shot someone and that he had a "shotgun with two shells in it". Mr. Gunning testified that he did not remember any of the conversation. Mr. Gunning was soon after arrested in his basement. The shotgun was found on a couch in the basement holding an additional shell in its chamber. Another live round was found on the couch beside the weapon. A live shell was also found beside the deceased's head, along with a spent shell, fired from the weapon, under his leg.

III. The Proceedings at Trial

During a pre-charge discussion of the draft instructions to the jury, counsel for Mr. Gunning raised self-defence or defence of property as a possible route to a verdict of not guilty, based on an accidental discharge of the shotgun during Mr. Gunning's legitimate use of the firearm as a means of evicting Mr. Charlie. Counsel reviewed eight items of evidence in support of his contention. The

M. Charlie était alors assis sur son lit. M. Gunning a nié avoir menacé ou mis en joue M. Charlie. Lorsqu'il lui a dit de quitter sa maison, M. Charlie s'est esclaffé, l'a traité de [TRADUCTION] « mauviette », a quitté la chambre et s'est engagé dans le couloir.

11 M. Gunning a témoigné que, soulagé de voir M. Charlie s'en aller, il l'a suivi dans le couloir. Croyant que M. Charlie était parti, il a commencé à descendre les escaliers menant au sous-sol lorsqu'il a entendu un bruit. Il a remonté les escaliers et a aperçu M. Charlie qui était penché au-dessus d'une table basse au salon. Il lui a demandé quel était son problème. Celui-ci lui a répondu [TRADUCTION] « va au diable » et a craché dans sa direction. M. Gunning l'a « menacé du poing » et lui a dit « [s]ors d'ici, un point c'est tout. » C'est à ce moment qu'il a constaté que M. Charlie gisait dans une mare de sang sur la table basse. M. Gunning a témoigné qu'il tenait le fusil d'une seule main « comme on tiendrait un pistolet », qu'il a éjecté la cartouche du fusil et qu'à cet instant « tout est devenu noir autour de [lui] ». Il était environ 6 h.

12 Vers 6 h 10, M. Gunning a téléphoné au sergent Appleton, qu'il connaissait, pour lui dire qu'il avait fait feu sur quelqu'un et qu'il avait un [TRADUCTION] « fusil de chasse avec deux cartouches à l'intérieur ». Il a témoigné qu'il n'avait aucun souvenir de la conversation. Peu après, il a été appréhendé dans son sous-sol. La chambre du fusil découvert sur un divan du sous-sol contenait une cartouche additionnelle. Une autre cartouche chargée se trouvait à côté de l'arme sur le divan. On a également découvert une cartouche chargée à côté de la tête de la victime, ainsi qu'une cartouche vide, provenant de l'arme, sous sa jambe.

III. Le procès

13 Au cours d'une discussion antérieure à l'exposé du juge et portant sur une ébauche de directives au jury, l'avocat de M. Gunning a fait valoir que la légitime défense ou la défense d'un bien pourraient être invoquées pour obtenir un verdict de non-culpabilité fondé sur une décharge accidentelle survenue pendant que M. Gunning utilisait le fusil de manière légitime pour expulser M. Charlie. L'avocat a

trial judge ruled that there was no air of reality to the defence. In his exchange with counsel, he explained his reasoning as follows:

> I just don't think there's any chance, any possibility whatsoever that a properly instructed jury could come to the conclusion that this was a justified . . . intentional shooting. I just don't think that's there. [Emphasis added.]

Counsel quickly resiled from this part of his argument. The trial judge added:

> Okay. No, I thought that you might be fashioning an argument for acquittal even on manslaughter on the basis that the taking up of the gun itself was within — was not unlawful by virtue of the right to defend property and that an accident occurred in the course of that . . . . And I just don't see any way you can get away from careless use of a firearm. The defence of property does not relate to careless use of a firearm. [Emphasis added.]

14 In response to the trial judge's comments, counsel argued further that there was a question for the jury to decide: whether, in all the circumstances, Mr. Gunning's conduct in taking the gun, loading it in his own home and exposing it to somebody was "without lawful excuse" within the meaning of the *Criminal Code* definition of the offence of careless use of a firearm. The trial judge rejected this argument, stating as follows:

> And, you know, the taking — a perfectly sober person having to load a gun because somebody is not only not leaving but being insulting may not be unlawful, but all we have to go on about how that happened is his evidence that he, with a blood alcohol reading of 260, pointed the gun, shaking his fist with his finger on the trigger. And you know, I get into the same air of reality analysis there as I do with the defence itself. I just don't see how a properly instructed jury could conclude that a reasonable person wouldn't think that was likely to cause harm. [Emphasis added.]

présenté huit éléments de preuve à l'appui de son argument. Le juge du procès a décidé que ce moyen de défense était invraisemblable. Lors de son échange avec l'avocat, il a expliqué ainsi son raisonnement :

> [TRADUCTION] Je crois tout simplement qu'il n'y a absolument aucune chance, aucune possibilité qu'un jury ayant reçu des directives appropriées conclue que la fusillade était intentionnelle [et] justifiée. Je ne pense tout simplement pas que ce soit possible. [Je souligne.]

L'avocat a rapidement abandonné cette partie de son argumentation. Le juge du procès a ajouté :

> [TRADUCTION] D'accord. Non, je pensais que vous pourriez être en train d'avancer un argument en faveur d'un acquittement même d'homicide involontaire coupable pour le motif que le fait même de prendre le fusil était conforme — n'était pas illégal en vertu du droit de défendre un bien et qu'un accident s'était produit en le faisant [. . .] Et je ne vois absolument pas comment vous pouvez échapper au fait qu'il y a eu usage négligent d'une arme à feu. La défense d'un bien n'a rien à voir avec l'usage négligent d'une arme à feu. [Je souligne.]

L'avocat a répondu aux commentaires du juge du procès en ajoutant que le jury devait trancher une question, celle de savoir si, dans les circonstances, en prenant le fusil, en le chargeant dans sa propre maison et en le braquant devant quelqu'un, M. Gunning avait agi « sans excuse légitime » au sens de la définition de l'infraction d'usage négligent d'une arme à feu contenue dans le *Code criminel*. Le juge du procès a rejeté cet argument, en affirmant ce qui suit :

> [TRADUCTION] Et, vous savez, il se peut qu'il ne soit pas illégal qu'une personne parfaitement sobre prenne — se voie forcée de charger une arme à feu parce que quelqu'un non seulement refuse de s'en aller, mais encore lui lance des insultes, mais tout ce que nous devons retenir au sujet de la façon dont les choses se sont passées est son témoignage selon lequel, alors que son taux d'alcoolémie se situait à 260, il a braqué le fusil et menacé l'autre personne du poing tandis qu'il avait le doigt sur la détente. Et vous savez, je procède ici à la même analyse de la vraisemblance que pour le moyen de défense lui-même. Je ne vois tout simplement pas comment un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure qu'une personne raisonnable ne penserait pas que cela était de nature à causer du mal. [Je souligne.]

Following this discussion, counsel made their respective closing addresses to the jury. In his main charge, the trial judge then instructed the jury on the ingredients that must be proved by the Crown to make out the offence of murder. He stated:

For the Crown to succeed in proving murder, it must prove beyond a reasonable doubt the following ingredients: first, the identity of Mr. Gunning as the offender; second, the time and place of the offence as set out in the Indictment; third, that Mr. Gunning caused the death of Chester Charlie; fourth, that Mr. Gunning caused the death by means of an unlawful act; fifth, that Mr. Gunning intended to cause the death.

After brief instructions in respect of the first three ingredients, the trial judge instructed the jury on the fourth ingredient as follows:

The fourth ingredient or element the Crown must prove is that Mr. Gunning caused the death by means of an unlawful act. I will simplify your task slightly by telling you that as a matter of law this element is satisfied in this case. Regardless of any argument that might be fashioned around the justifiable use of force in defence of house or real property against a trespasser, which might conceivably be found in some circumstances to justify at least taking up a firearm, I am satisfied that in all the circumstances of this case, quite apart from whether the discharge was accidental or not, and assuming the truth of the accused's version of the discharge itself, there could be no arguable reality-based defence to a charge of careless use of a firearm. There could also be no doubt that this careless use of the loaded shotgun, while highly intoxicated, was likely to cause harm in the eyes of the reasonable person and was a nontrivial contributing cause of the death. [Emphasis added.]

Both Crown and defence counsel initially approved this instruction as being consistent with the trial judge's earlier rulings. However, after the trial judge had completed all but the last part of his instructions to the jury and adjourned to the next morning, counsel reconsidered their position and urged the trial judge to leave the jury with the possibility of finding Mr. Gunning not guilty. The trial

Après cette discussion, les avocats ont présenté au jury leurs plaidoiries finales. Dans son exposé principal, le juge du procès a ensuite donné au jury des directives sur les éléments que le ministère public doit prouver pour établir l'existence d'une infraction de meurtre. Il a affirmé : 15

[TRADUCTION] Pour établir l'existence du meurtre, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable les éléments suivants : premièrement, que M. Gunning est le contrevenant, deuxièmement, que l'infraction a été commise au moment et à l'endroit énoncés dans l'acte d'accusation, troisièmement, que M. Gunning a causé la mort de Chester Charlie, quatrièmement, que M. Gunning a causé la mort au moyen d'un acte illégal et, cinquièmement, que M. Gunning avait l'intention de causer la mort.

Après avoir donné au jury de brèves directives sur les trois premiers éléments, le juge du procès lui a donné la directive suivante au sujet du quatrième élément :

[TRADUCTION] Le quatrième élément que le ministère public doit prouver est que M. Gunning a causé la mort au moyen d'un acte illégal. Je vous simplifierai légèrement la tâche en vous disant qu'en l'espèce cette condition est remplie sur le plan juridique. Indépendamment de tout argument qui pourrait être avancé au sujet de l'emploi justifiable de la force pour défendre une maison ou un bien immeuble contre un intrus — ce qui, en théorie, pourrait être considéré comme justifiant au moins de prendre une arme à feu dans certains cas —, je suis convaincu que, compte tenu des circonstances de la présente affaire, peu importe que la décharge ait été accidentelle ou non, et à supposer que la version de l'accusé à cet égard soit vraie, il ne serait pas possible d'opposer à une accusation d'usage négligent d'une arme à feu un moyen de défense fondé sur la réalité. Il n'y aurait pas de doute non plus qu'une personne raisonnable estimerait que cet usage négligent du fusil chargé par un individu en état d'ébriété avancé était de nature à causer du mal et a été une cause non négligeable de la mort de la victime. [Je souligne.]

L'avocat du ministère public et l'avocat de la défense ont d'abord considéré tous les deux que cette directive était compatible avec ce que le juge du procès avait décidé antérieurement. Cependant, après que le juge du procès eut donné toutes ses directives au jury, sauf la dernière partie de celles-ci, et qu'il eut ajourné l'audience jusqu'au lendemain, les avocats ont changé d'avis et ont invité le juge du 16

judge acceded to the request. The following morning, he asked the jurors to make changes to the written instructions he had provided to them the previous day so as to properly include the possibility of reaching a "not guilty to anything verdict". Notably, the jurors had been permitted to take these instructions home with them. He then instructed them further in the following terms.

17 After acknowledging that he had made some presumptions about the jury's findings of fact and reminding them that the main issue in the trial was the intention to cause death, the trial judge briefly reviewed the five elements of murder. With respect to the first three elements — identity, time and place and causing death — the trial judge explained to the jury that they would have no difficulty finding that they had been met. On the fourth element, the unlawful act, the trial judge repeated the relevant part of his instructions quoted above, and then explained:

> I have also there made some presumptions about what your findings of fact will be, and they may be something different, and you are the exclusive judges of the facts and so technically any one of these, not only the element of intent, which is the fifth element, but technically any one of these other elements, if you don't agree with what I said there as to the factual component of it — I'm not talking about the legal component of it, but the factual component, if you don't agree with me, then technically, hypothetically, there still is a possibility that you might come back with a not guilty verdict. So that is why that should be added as the third possibility. [Emphasis added.]

Following a comment about a "typo", he continued:

> So I don't want to distract you from the main issue in this trial, but that is I think bringing my charge into more precise technical compliance with the law on the division of labour between the judge and the jury.

procès à laisser au jury la possibilité de conclure que M. Gunning n'était pas coupable. Le juge du procès a accédé à leur demande. Le lendemain matin, il a demandé aux jurés de modifier les directives écrites qu'il leur avait données la veille, de manière à y inclure en bonne et due forme la possibilité de prononcer un [TRADUCTION] « verdict de non-culpabilité de quoi que ce soit ». Il y a lieu de noter que les jurés avaient été autorisés à apporter ces directives chez eux. Il leur a alors donné les directives supplémentaires suivantes.

Après avoir reconnu qu'il avait fait certaines suppositions au sujet des conclusions de fait qui seraient tirées par le jury et avoir rappelé aux jurés que la principale question en litige était celle de l'intention de causer la mort, le juge du procès a passé brièvement en revue les cinq éléments du meurtre. En ce qui concerne les trois premiers éléments — l'identité du contrevenant, le moment et l'endroit où l'infraction a été commise et le fait d'avoir causé la mort — il a expliqué aux membres du jury qu'ils n'auraient aucune difficulté à conclure qu'ils étaient prouvés. Au sujet du quatrième élément, à savoir l'acte illégal, le juge du procès a répété la partie pertinente des directives précitées, pour ensuite donner l'explication suivante :

> [TRADUCTION] J'ai également fait des suppositions au sujet des conclusions de fait que vous tireriez, et elles peuvent diverger quelque peu, et vous êtes les seuls juges des faits et donc, techniquement, dans chaque cas, et non seulement en ce qui concerne l'élément d'intention qui est le cinquième élément, mais techniquement en ce qui concerne chacun de ces autres éléments, si vous n'êtes pas d'accord avec ce que j'ai dit quant à leur composante factuelle — je ne parle pas de leur composante juridique, mais de leur composante factuelle, si vous n'êtes pas d'accord avec moi, alors techniquement, hypothétiquement, il existe encore une possibilité que vous parveniez à un verdict de non-culpabilité. Voilà donc pourquoi il convient d'ajouter cette troisième possibilité. [Je souligne.]

Après avoir fait un commentaire à propos d'une erreur typographique, il a ajouté :

> [TRADUCTION] Ainsi, je ne veux pas détourner votre attention de la principale question en litige dans ce procès, mais je crois que cela rend mon exposé plus conforme à la règle sur la division des tâches entre le juge et le jury.

What I consider a reasonable conclusion on the facts is only me, it isn't necessarily decisive on you. There is a concept in our law, believe it or not, that there is the privilege on the part of a jury to reach a perverse verdict. In other words, that they may come to a completely different conclusion on the facts than I might or that I might think any reasonable person might, and because a jury's deliberations are theirs alone and secret, of course we can't inquire into that. So that's what that's all about.

Ce que je perçois comme une conclusion raisonnable sur les faits n'est que mon opinion, ce n'est pas nécessairement déterminant pour vous. Croyez-le ou non, il existe dans notre droit une notion selon laquelle le jury a la prérogative de prononcer un verdict contraire à la preuve. Autrement dit, il peut tirer des conclusions de fait complètement différentes de celles que je pourrais tirer ou que, selon moi, une personne raisonnable pourrait tirer, et parce que les délibérations d'un jury lui sont exclusives et sont secrètes, on ne peut certes pas s'interroger à ce sujet. Voilà précisément ce dont il est question.

IV. Analysis

IV. Analyse

I will deal with the issues raised on this appeal in the following manner. First, I will explain how the offence of careless use of a firearm was related to the offence of murder in the circumstances of this case. Second, I will review the elements of the defence of property and describe how Mr. Gunning sought to rely on it in defence to the included offence of manslaughter. Third, I will describe the respective functions of the judge and the jury, more particularly in respect of any defences advanced by an accused at trial. Fourth, I will apply these principles to this case and determine whether the trial judge overstepped his role when (a) he instructed the jury that the fourth element of the offence had been made out, and (b) when he refused to instruct the jury on the defence of property. Finally, I will deal briefly with an additional issue raised by Mr. Gunning about the sufficiency of the trial judge's instructions on provocation.

18 Je vais examiner de la façon suivante les questions soulevées dans le présent pourvoi. Premièrement, j'expliquerai comment l'infraction d'usage négligent d'une arme à feu était liée à l'infraction de meurtre dans les circonstances de la présente affaire. Deuxièmement, j'examinerai les composantes de la défense d'un bien et je décrirai comment M. Gunning a cherché à invoquer ce moyen de défense relativement à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. Troisièmement, je décrirai les fonctions respectives du juge et du jury, plus particulièrement en ce qui concerne les moyens de défense qu'un accusé invoque au procès. Quatrièmement, j'appliquerai ces principes à la présente affaire et déciderai si le juge du procès a outrepassé son rôle a) lorsqu'il a dit au jury que le quatrième élément de l'infraction était prouvé et b) lorsqu'il a refusé de donner au jury des directives sur la défense d'un bien. Enfin, j'examinerai brièvement une autre question que M. Gunning a soulevée au sujet du caractère suffisant des directives que le juge a données au sujet de la provocation.

A. *The Underlying Offence of Careless Use of a Firearm*

A. *L'infraction sous-jacente d'usage négligent d'une arme à feu*

I will now describe how the offence of careless use of a firearm relates to the charge of murder in this case. The relevant *Criminal Code* provisions in respect of the offence of murder are the following:

19 Je vais maintenant expliquer comment, en l'espèce, l'infraction d'usage négligent d'une arme à feu est liée à l'accusation de meurtre. Les dispositions pertinentes du *Code criminel* relatives à l'infraction de meurtre sont les suivantes :

222. (1) A person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.

222. (1) Commet un homicide quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain.

. . .

. . .

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(*a*) by means of an unlawful act;

. . .

229. Culpable homicide is murder

(*a*) where the person who causes the death of a human being

(i) means to cause his death, or

(ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain :

a) soit au moyen d'un acte illégal;

. . .

229. L'homicide coupable est un meurtre dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) la personne qui cause la mort d'un être humain :

(i) ou bien a l'intention de causer sa mort,

(ii) ou bien a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non;

20 As set out in the above-noted excerpt from the charge, the trial judge correctly instructed the jury on the necessary ingredients to prove the offence of murder. Of the five ingredients, only two were of true contention: the fourth, that Mr. Gunning caused the death by means of an unlawful act; and the fifth, that Mr. Gunning intended to cause the death. The fourth element, the unlawful act, could be proven in two ways. On the one hand, if the jury was satisfied that Mr. Gunning intended to kill Mr. Charlie, the unlawful act that caused the death would be the shooting itself and Mr. Gunning would be guilty of murder. On the other hand, if the Crown failed to prove an intent to kill but proved all of the other ingredients, Mr. Gunning would be not guilty of murder but would be guilty of the lesser included offence of manslaughter. The "unlawful act" relied upon by the Crown in support of a finding of guilt in respect of manslaughter was the careless use of a firearm.

Comme nous l'avons vu dans l'extrait précité de son exposé, le juge du procès a donné au jury des directives correctes sur les éléments nécessaires pour établir l'infraction de meurtre. Des cinq éléments, deux seulement étaient véritablement litigieux : le quatrième voulant que M. Gunning ait causé la mort au moyen d'un acte illégal, et le cinquième voulant que M. Gunning ait eu l'intention de causer la mort. Le quatrième élément, à savoir l'acte illégal, pouvait être prouvé de deux façons. D'une part, si le jury était convaincu que M. Gunning avait eu l'intention de tuer M. Charlie, l'acte illégal ayant causé la mort serait la fusillade elle-même et M. Gunning serait coupable de meurtre. D'autre part, si le ministère public prouvait tous les éléments sauf l'intention de tuer, M. Gunning serait coupable non pas de meurtre, mais de l'infraction moindre incluse d'homicide involontaire coupable. L'usage négligent d'une arme à feu était l'« acte illégal » que le ministère public avait invoqué à l'appui d'une conclusion de culpabilité d'homicide involontaire coupable.

21 The offence of careless use of a firearm is defined as follows:

86. (1) Every person commits an offence who, without lawful excuse, uses, carries, handles, ships, transports or stores a firearm, a prohibited weapon, a restricted weapon, a prohibited device or any ammunition or prohibited ammunition in a careless manner or without reasonable precautions for the safety of other persons.

L'infraction d'usage négligent d'une arme à feu est définie ainsi :

86. (1) Commet une infraction quiconque, sans excuse légitime, utilise, porte, manipule, expédie, transporte ou entrepose une arme à feu, une arme prohibée, une arme à autorisation restreinte, un dispositif prohibé, des munitions ou des munitions prohibées d'une manière négligente ou sans prendre suffisamment de précautions pour la sécurité d'autrui.

The gravamen of the offence is conduct that constitutes a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent person. If a reasonable doubt exists, either that the conduct in question did not constitute a marked departure from that standard of care, or that reasonable precautions were taken to discharge the duty of care in the circumstances, a person cannot be found guilty of the offence: *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103, at p. 117. In addition, in order to attract criminal liability, the person's conduct must be without lawful excuse. The question of whether Mr. Gunning was guilty of this unlawful act was central to his defence to the included offence of manslaughter. If the jury had a reasonable doubt on this question, he was entitled to an acquittal.

L'élément essentiel de l'infraction est la conduite qui constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnablement prudente. Une personne ne peut pas être déclarée coupable de l'infraction s'il existe un doute raisonnable soit que la conduite en question ne constituait pas un écart marqué par rapport à cette norme de diligence, soit que des précautions raisonnables ont été prises pour satisfaire à l'obligation de diligence dans les circonstances : *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, p. 117. De plus, pour que la responsabilité criminelle soit engagée, la conduite doit avoir été adoptée sans excuse légitime. La question de savoir si M. Gunning était coupable de cet acte illégal était au cœur du moyen de défense qu'il avait invoqué relativement à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. Il avait droit à l'acquittement si le jury avait un doute raisonnable à cet égard.

The Crown contends, and the British Columbia Court of Appeal agreed, that this whole question of careless use of a firearm becomes irrelevant because we must take it from the verdict of guilty of murder that the jury was convinced that the shooting was intentional. I will explain at the outset why I disagree that the appeal should be dismissed on that basis. Undoubtedly, a verdict of guilty on the murder charge can only rest on a finding that the shooting was intentional. However, we do not know what reasoning led the jury to its verdict. What we do know, as we shall see, is that these jurors were never told that a person is entitled at law to forcibly remove a trespasser from his home, so long as he uses no more force than necessary. Rather, they were directed, as a matter of law, to base their determination on the critical question of intent on the premise that Mr. Gunning's conduct prior and up to the time of the shooting was unlawful. In these circumstances, it is my respectful view that it would be unsafe to rely on the jury's verdict in this case as a basis for dismissing the appeal.

22 Le ministère public soutient — un avis partagé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique — que toute cette question d'usage négligent d'une arme à feu est dénuée de pertinence parce qu'il faut déduire du verdict de culpabilité de meurtre prononcé par le jury que celui-ci était convaincu que la fusillade était intentionnelle. Au départ, je vais expliquer pourquoi je ne considère pas qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi pour ce motif. Il ne fait aucun doute qu'un verdict de culpabilité de meurtre ne peut reposer que sur la conclusion que la fusillade était intentionnelle. Cependant, nous ignorons par quel raisonnement le jury est arrivé à son verdict. Ce que nous savons, comme nous le verrons, c'est que ces jurés n'ont jamais été informés qu'une personne a le droit d'employer la force pour éloigner un intrus de sa maison, pourvu qu'elle ne fasse usage que de la force nécessaire. Ils ont plutôt reçu la directive, en droit, de trancher la question cruciale de l'intention à partir de la prémisse que la conduite de M. Gunning, avant la fusillade et jusqu'au moment de la fusillade, était illégale. Dans ces circonstances, j'estime, en toute déférence, qu'il serait imprudent de se fonder sur le verdict du jury en l'espèce pour rejeter le pourvoi.

B. *The Defence of House or Property*

23 In the circumstances of this case, the defence of house or real property was intrinsically connected to the underlying offence of careless use of a firearm. Mr. Gunning alleged that he took out his shotgun, loaded it and carried it upstairs to confront Mr. Charlie in the hope of intimidating or scaring him into leaving the house. He argued that he was justified in doing so as he was legitimately defending his property within the meaning of the *Criminal Code*.

24 Mr. Gunning relies on the provisions of s. 41(1) of the *Criminal Code*. It reads as follows:

41. (1) Every one who is in peaceable possession of a dwelling-house or real property, and every one lawfully assisting him or acting under his authority, is justified in using force to prevent any person from trespassing on the dwelling-house or real property, or to remove a trespasser therefrom, if he uses no more force than is necessary.

25 There are four elements to the defence raised by Mr. Gunning: (1) he must have been in possession of the dwelling-house; (2) his possession must have been peaceable; (3) Mr. Charlie must have been a trespasser; and (4) the force used to eject the trespasser must have been reasonable in all the circumstances. Only the fourth element was really contentious in this case — the reasonableness of the force used. Where the defence arises on the facts, the onus is on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that Mr. Gunning did not act in defence of property.

26 It is common ground between the parties that the intentional killing of a trespasser could only be justified where the person in possession of the property is able to make out a case of self-defence: see *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (Ont. C.A.), at pp. 114-15; *R. v. Clark* (1983), 5 C.C.C. (3d) 264 (Alta. C.A.), at pp. 272-73; *R. v. Bacon*, [1999] Q.J. No. 19 (QL) (C.A.), at para. 24. Mr. Gunning does not raise self-defence in respect of the shooting; he raises the defence of accident. Rather, the defence of property is raised in justification of his use of the shotgun prior to its discharge.

B. *La défense d'une maison ou d'un bien*

Dans les circonstances de la présente affaire, la défense d'une maison ou d'un bien immeuble était intrinsèquement liée à l'infraction sous-jacente d'usage négligent d'une arme à feu. M. Gunning a allégué avoir sorti son fusil de chasse, l'avoir chargé et l'avoir monté à l'étage dans l'espoir d'intimider ou d'effrayer M. Charlie et de l'inciter ainsi à quitter la maison. Il a soutenu qu'il était fondé à agir ainsi étant donné qu'il se trouvait alors à défendre légitimement son bien comme l'autorise à le faire le *Code criminel*.

M. Gunning a invoqué les dispositions du par. 41(1) du *Code criminel*, dont voici le texte :

41. (1) Quiconque est en possession paisible d'une maison d'habitation ou d'un bien immeuble, comme celui qui lui prête légalement main-forte ou agit sous son autorité, est fondé à employer la force pour en empêcher l'intrusion par qui que ce soit, ou pour en éloigner un intrus, s'il ne fait usage que de la force nécessaire.

Le moyen de défense invoqué par M. Gunning comporte quatre volets : (1) il doit avoir été en possession de la maison d'habitation; (2) sa possession devait être paisible; (3) M. Charlie doit avoir été un intrus; (4) la force employée pour expulser l'intrus doit avoir été raisonnable dans les circonstances. Seul le quatrième volet était réellement litigieux en l'espèce — le caractère raisonnable de la force employée. Si le moyen de défense peut être invoqué d'après les faits, il incombe alors au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que M. Gunning n'a pas agi pour défendre son bien.

Les parties reconnaissent que l'homicide intentionnel d'un intrus ne saurait être justifié que si la personne en possession du bien est en mesure d'établir qu'elle a agi en état de légitime défense : voir *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (C.A. Ont.), p. 114-115; *R. c. Clark* (1983), 5 C.C.C. (3d) 264 (C.A. Alb.), p. 272-273; *R. c. Bacon*, [1999] J.Q. nº 19 (QL) (C.A.), par. 24. M. Gunning n'invoque pas la légitime défense à l'égard de la fusillade; il invoque l'accident comme moyen de défense. La défense du bien est plutôt invoquée pour justifier son usage du fusil avant la décharge de l'arme.

C. *The Respective Functions of the Judge and the Jury*

It is perhaps trite but nonetheless fundamental law that on a jury trial, it is for the judge to decide all questions of law and to direct the jury accordingly; but the jury, who must take its direction on the law from the judge, is the sole arbiter on the facts. The judge also has the duty, insofar as it is necessary, to assist the jury by reviewing the evidence as it relates to the issues in the case. The judge is also entitled to give an opinion on a question of fact and express it as strongly as the circumstances permit, so long as it is made clear to the jury that the opinion is given as advice and not direction.

Subject to one exception, it is also the exclusive domain of the jury to determine the verdict. An exception lies where the judge is satisfied that there is no evidence upon which a properly instructed jury could reasonably convict, in which case, it is the judge's duty to direct the jury to acquit the accused. This exception is made in order to safeguard against wrongful convictions. However, there is no corresponding duty or entitlement to direct a jury to return a verdict of guilty. As Lord Devlin so aptly put it in *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 763 (H.L.), in answer to the argument that it should be open to the judge to direct a verdict of guilty in certain circumstances:

> With great respect I think that to be an unconstitutional doctrine. It is the conscience of the jury and not the power of the judge that provides the constitutional safeguard against perverse acquittal. [pp. 803-4]

See *R. v. Wang*, [2005] 1 All E.R. 782, [2005] UKHL 9, for an instructive analysis on why a judge under English law is not entitled to direct a jury to return a verdict of guilty. The principles discussed in *Wang* are all the more applicable in Canadian law where the accused exercises his constitutional right to the

C. *Les fonctions respectives du juge et du jury*

27 Un principe de droit peut-être élémentaire mais néanmoins fondamental veut que, dans un procès avec jury, il appartienne au juge de trancher toutes les questions de droit et de donner des directives en conséquence au jury; toutefois le jury, qui doit tenir du juge ses directives sur le droit applicable, est le seul arbitre des faits. Dans la mesure où cela est nécessaire, le juge a aussi l'obligation d'aider le jury en passant en revue la preuve qui se rapporte aux questions en litige. Le juge a également le droit d'exprimer une opinion sur une question de fait et de le faire aussi fermement que le permettent les circonstances, à la condition de dire clairement au jury qu'il s'agit seulement d'un conseil et non d'une directive.

28 Sous réserve d'une seule exception, il appartient aussi exclusivement au jury de décider du verdict. L'exception est le cas où le juge est convaincu qu'il n'y a aucune preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de prononcer raisonnablement une déclaration de culpabilité; dans ce cas, le juge a le devoir d'ordonner au jury d'acquitter l'accusé. Cette exception a pour objet de prévenir les déclarations de culpabilité erronées. Il n'existe cependant pas aucune obligation ni aucun droit correspondants d'ordonner au jury de prononcer un verdict de culpabilité. Comme lord Devlin l'a si bien dit dans l'arrêt *Chandler c. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 763 (H.L.), en répondant à l'argument selon lequel il devrait être loisible au juge d'imposer un verdict de culpabilité dans certaines circonstances :

> [TRADUCTION] En toute déférence, je pense qu'il s'agit d'une règle inconstitutionnelle. C'est la conscience du jury et non le pouvoir du juge qui offre la protection constitutionnelle contre un acquittement contraire à la preuve. [p. 803-804]

Voir l'arrêt *R. c. Wang*, [2005] 1 All E.R. 782, [2005] UKHL 9, pour une analyse intéressante des raisons pour lesquelles, en droit anglais, un juge n'a pas le droit d'imposer à un jury un verdict de culpabilité. Les principes étudiés dans l'arrêt *Wang* sont d'autant plus applicables en droit canadien lorsque l'accusé

benefit of a trial by jury: s. 11(*f*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

29 As a corollary of the trial judge's duty to instruct the jury on the law, it is a well-established principle that a judge should withdraw a defence from the consideration of the jury when there is no evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could find in the accused's favour. In these circumstances, it only stands to reason that there is no need to direct the jury on an issue not raised in the case. It would only serve to confuse the jury and detract from their duty to return a true verdict. This threshold test, requiring that a defence be put to the jury only if there is an evidential foundation for it, is often referred to as the "air of reality" test.

30 It is important to note that the "air of reality" test has no application in respect of the question of whether the Crown has proved beyond a reasonable doubt each essential element of the offence. By his plea of not guilty, the accused in effect advances the "defence" that the Crown has not met its burden in respect of one or more of the necessary ingredients of the offence. In every trial where there is no plea of guilty or an admission by the accused as to one or more of the essential elements of the offence, the question of whether the Crown has met its burden is necessarily at play and must be put to the jury for its determination. This "defence" is squarely before the jury. There is no further threshold to meet. The imposition of any additional hurdle would run counter to both the presumption of innocence and the burden of proof on the Crown.

31 Hence, it is never the function of the judge in a jury trial to assess the evidence and make a determination that the Crown has proven one or more of the essential elements of the offence and to direct the jury accordingly. It does not matter how obvious the judge may believe the answer to be. Nor does it

exerce son droit constitutionnel de bénéficier d'un procès avec jury : al. 11*f*) de la *Charte canadienne des droits et libertés.*

Comme corollaire à l'obligation du juge du procès de donner au jury des directives sur le droit applicable, il y a le principe bien établi selon lequel le juge doit soustraire un moyen de défense à l'appréciation du jury lorsqu'il n'existe aucun élément de preuve qui permettrait à un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement, de trancher en faveur de l'accusé. Dans ces circonstances, il va de soi qu'il n'est pas nécessaire de donner au jury des directives sur une question non soulevée. Cela ne contribuerait qu'à semer la confusion dans l'esprit des jurés et à les détourner de leur obligation de prononcer un verdict impartial. Ce critère préliminaire, selon lequel un moyen de défense ne doit être soumis au jury que s'il a un fondement probant, est souvent désigné sous le nom de « critère de la vraisemblance ».

Il importe de souligner que le critère de la vraisemblance ne s'applique pas à la question de savoir si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable chaque élément essentiel de l'infraction. En plaidant non coupable, l'accusé fait en réalité valoir comme « moyen de défense » que le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau à l'égard de l'un ou de plusieurs éléments nécessaires de l'infraction. Dans tous les procès où il n'y a pas de plaidoyer de culpabilité ni aucun aveu de la part de l'accusé relativement à l'un ou à plusieurs des éléments essentiels de l'infraction, la question de savoir si le ministère public s'est acquitté de son fardeau se pose nécessairement et doit être soumise au jury pour qu'il la tranche. Ce « moyen de défense » est clairement soumis au jury. Il n'y a aucun autre critère préliminaire à respecter. Ériger tout autre obstacle irait à l'encontre à la fois de la présomption d'innocence et du fardeau de preuve du ministère public.

Ainsi, dans un procès avec jury, il n'appartient jamais au juge d'apprécier la preuve et de décider si le ministère public a prouvé l'un ou plusieurs éléments essentiels de l'infraction, pour ensuite donner des directives en conséquence au jury. Il n'importe pas de savoir jusqu'à quel point la réponse peut paraître

matter that the judge may be of the view that any other conclusion would be perverse. The trial judge may give an opinion on the matter when it is warranted, but never a direction.

The "air of reality" test applies, rather, in respect of affirmative defences that may or may not arise depending on the particular facts. For example, it is not in every case that defences such as the following will arise: intoxication, necessity, duress, provocation, alibi, automatism, self-defence, mistake of fact, honest but mistaken belief in consent or defence of property. It is not incumbent on the Crown in every trial to negative all conceivable defences no matter how fanciful or speculative they may be. A certain threshold must be met before the issue is "put in play": *R. v. Cinous*, [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29, at para. 52. A defence will be in play whenever a properly instructed jury could reasonably, on account of the evidence, conclude in favour of the accused: *R. v. Fontaine*, [2004] 1 S.C.R. 702, 2004 SCC 27, at para. 74.

The basic features of the "air of reality" test and the evidential standard that must be met were thoroughly canvassed by this Court in *Cinous* and the analysis need not be repeated here. In the context of this case, it is important, however, to repeat what the threshold test is not aimed at. At para. 54, McLachlin C.J. and Bastarache J. stated:

> The threshold determination by the trial judge is not aimed at deciding the substantive merits of the defence. That question is reserved for the jury. See *Finta, supra*; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330. The trial judge does not make determinations about the credibility of witnesses, weigh the evidence, make findings of fact, or draw determinate factual inferences. See *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *Park, supra*. Nor is the air of reality test intended to assess whether the defence is likely, unlikely, somewhat likely, or very likely to succeed at the end of the day. The question for the trial judge is whether

évidente au juge. Il est également sans importance que le juge puisse être d'avis que toute autre conclusion serait contraire à la preuve. Le juge du procès peut exprimer une opinion sur la question lorsque cela est justifié, mais il ne peut jamais donner des directives à cet égard.

32 Le critère de la vraisemblance s'applique plutôt aux moyens de défense affirmatifs qui sont ou ne sont pas susceptibles d'être invoqués selon les faits particuliers. Par exemple, ce n'est pas dans tous les cas qu'il sera possible d'invoquer des moyens de défense comme l'intoxication, la nécessité, la contrainte, la provocation, l'alibi, l'automatisme, la légitime défense, l'erreur de fait, la croyance sincère mais erronée au consentement ou la défense d'un bien. Il n'incombe pas au ministère public de réfuter, dans chaque procès, tous les moyens de défense imaginables, si insensés ou hypothétiques soient-ils. Un certain critère préliminaire doit être respecté pour que la question « entre en jeu » : *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29, par. 52. Un moyen de défense entre en jeu dans tous les cas où un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait raisonnablement, à la lumière de la preuve, trancher en faveur de l'accusé : *R. c. Fontaine*, [2004] 1 R.C.S. 702, 2004 CSC 27, par. 74.

33 Dans l'arrêt *Cinous*, notre Cour a examiné en profondeur les caractéristiques fondamentales du critère de la vraisemblance et la norme de preuve à laquelle il faut satisfaire, et il n'est pas nécessaire de reprendre cette analyse en l'espèce. Dans le contexte de la présente affaire, il est cependant important de réitérer ce que le critère préliminaire ne vise pas à faire. La juge en chef McLachlin et le juge Bastarache ont écrit, au par. 54 :

> En ce qui concerne la question préliminaire, le juge du procès n'a pas à statuer sur le bien-fondé du moyen de défense invoqué. Il appartient au jury de le faire. Voir les arrêts *Finta*, précité, et *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330. Le juge du procès s'abstient de se prononcer sur la crédibilité des témoins, d'apprécier la valeur probante de la preuve, de tirer des conclusions de fait ou de faire des inférences de fait précises. Voir les arrêts *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, et *Park*, précité. Le critère de la vraisemblance ne vise pas non plus à déterminer s'il est probable, improbable, quelque peu probable ou fort

the evidence discloses a real issue to be decided by the jury, and not how the jury should ultimately decide the issue.

D. *Application to This Case*

34 It is important to note at the outset that Mr. Gunning did not offer a plea of guilty to the lesser and included offence of manslaughter and made no admission in respect of the underlying offence of careless use of a firearm. The Crown argues and, to a certain extent the British Columbia Court of Appeal accepted, that the trial judge's instructions to the jury essentially accorded with the position adopted by counsel for Mr. Gunning at trial. References are made to counsel's closing address and to the exchange that followed in support of the position that counsel himself could not articulate a possible route to an acquittal. With respect, counsel's closing address and the exchange that followed must be viewed in context. By that time the trial judge had already ruled that he saw no air of reality to any defence to the underlying charge of careless use of a firearm, including defence of property. Indeed, in light of this ruling, there was no other possible route to an acquittal and counsel's position at that stage of the trial is hardly surprising. But it cannot be held against Mr. Gunning.

35 It follows from the foregoing analysis that the trial judge erred in instructing the jury that the fourth ingredient of the offence of murder, or alternatively of manslaughter, had been proven by the Crown. In making the finding of fact that Mr. Gunning's use of the firearm on the morning in question was careless within the meaning of s. 86 of the *Criminal Code*, and hence an unlawful act that caused the death of Mr. Charlie, the trial judge usurped the exclusive domain of the jury. Rather than deciding the issue himself, it was incumbent upon the trial judge to instruct the jury on the law in respect of the offence of careless use of a firearm, including any defences that arose on the evidence, and to leave for the jury

probable que le moyen de défense invoqué sera retenu en fin de compte. Le juge du procès doit se demander si, au regard de la preuve, il existe une véritable question qui doit être tranchée par le jury, et non pas comment le jury doit trancher la question en fin de compte.

D. *Application à la présente affaire*

Il importe de souligner, au départ, que M. Gunning n'a pas plaidé coupable à l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable et qu'il n'a fait aucun aveu relativement à l'infraction sous-jacente d'usage négligent d'une arme à feu. Le ministère public fait valoir — ce que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a reconnu dans une certaine mesure — que les directives données au jury par le juge du procès s'accordaient pour l'essentiel avec la position adoptée par l'avocat de M. Gunning au procès. Il renvoie aux plaidoiries finales de l'avocat et à l'échange qui a suivi pour étayer son point de vue selon lequel l'avocat lui-même a été incapable d'exposer clairement un moyen de parvenir à un acquittement. En toute déférence, il est nécessaire de situer dans leur contexte les plaidoiries finales de l'avocat et l'échange qui a suivi. Le juge du procès avait alors déjà conclu à l'invraisemblance de tous les moyens de défense opposés à l'accusation sous-jacente d'usage négligent d'une arme à feu, y compris celui fondé sur la défense d'un bien. Compte tenu de cette décision, il n'existait, en réalité, aucun autre moyen de parvenir à un acquittement, et la position de l'avocat à ce stade du procès n'est guère étonnante. Toutefois, cela ne saurait être retenu contre M. Gunning.

Il découle de l'analyse qui précède que le juge du procès a commis une erreur en disant au jury que le ministère public avait prouvé le quatrième élément de l'infraction de meurtre ou, par ailleurs, d'homicide involontaire coupable. Le juge du procès a usurpé les fonctions exclusives du jury lorsqu'il a tenu pour avéré que l'usage de l'arme à feu par M. Gunning, le matin en question, était négligent au sens de l'art. 86 du *Code criminel* et constituait, par conséquent, un acte illégal ayant causé la mort de M. Charlie. Au lieu de trancher lui-même cette question, le juge du procès devait donner au jury des directives sur le droit applicable à l'infraction d'usage négligent d'une arme à feu, y compris sur tous les moyens de

the ultimate application of the law to the facts. That issue, together with the question of whether there was an intent to kill, were central in this trial. Mr. Gunning was entitled to have a jury of his peers, not the judge, determine whether his use of the shotgun was unlawful and constituted a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent person in his circumstances on the morning in question.

In my view, the trial judge's belated explanation to the jury was insufficient to cure the error. The Crown conceded as much before the British Columbia Court of Appeal, although not before this Court. The trial judge's main instructions were forceful and definitive. They were given to the jury in writing. The instructions were repeated during the course of the later explanation. The purported correction described the jury's option of coming back with a not guilty verdict as a "possibility" that "technically", "hypothetically" could be reached. In addition, the unfortunate comment about the privilege on the part of a jury to reach a perverse verdict may have further detracted the jury from any serious consideration of Mr. Gunning's position in respect of the events that led to the tragic death of Mr. Charlie.

In my view, the trial judge also erred by failing to instruct the jury on the defence of property. As noted earlier, there are four elements to the defence. There was no question that Mr. Gunning was in peaceable possession of his dwelling-house and that Mr. Charlie, at least after he was told to leave, was a trespasser. The fourth element, the reasonableness of the force used, was more contentious. However, as stated in *Cinous*, at para. 54, "[t]he question for the trial judge is whether the evidence discloses a real issue to be decided by the jury, and not how the jury should ultimately decide the issue."

It is my view that the trial judge erred first, by taking too narrow a view of the scope of the defence advanced by Mr. Gunning and second, by

défense pouvant être invoqués d'après la preuve, et laisser, en définitive, au jury le soin d'appliquer le droit aux faits. Cette question et celle de savoir s'il y avait eu intention de tuer étaient au cœur du procès. M. Gunning avait droit à ce que ce soit un jury composé de ses pairs, et non le juge, qui décide si, dans le contexte du matin en question, son usage du fusil de chasse était illégal et constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnablement prudente.

36 À mon avis, l'explication tardive que le juge du procès a donnée au jury était insuffisante pour corriger cette erreur. Le ministère public a fait cette concession devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, mais non devant notre Cour. Les directives principales du juge du procès étaient fermes et péremptoires. Elles ont été communiquées par écrit au jury. Elles ont été reprises au cours de l'explication ultérieure. La correction censée être apportée présentait le choix de prononcer un verdict de non-culpabilité comme une « possibilité » que le jury avait « techniquement » ou « hypothétiquement ». En outre, l'observation malencontreuse concernant la prérogative du jury de prononcer un verdict contraire à la preuve peut également avoir empêché le jury d'examiner sérieusement le point de vue de M. Gunning quant aux faits à l'origine de la mort tragique de M. Charlie.

37 J'estime que le juge du procès a commis une autre erreur en s'abstenant de donner au jury des directives sur la défense d'un bien. Comme nous l'avons vu, ce moyen de défense comporte quatre volets. Il était incontestable que M. Gunning était en possession paisible de sa maison d'habitation et que M. Charlie était un intrus, au moins à partir du moment où on lui a demandé de quitter les lieux. Le quatrième volet, à savoir le caractère raisonnable de la force employée, était plus litigieux. Cependant, comme le précise l'arrêt *Cinous*, par. 54, « [l]e juge du procès doit se demander si, au regard de la preuve, il existe une véritable question qui doit être tranchée par le jury, et non pas comment le jury doit trancher la question en fin de compte. »

38 Selon moi, le juge du procès a commis une première erreur en interprétant de manière trop restrictive la portée du moyen de défense invoqué par

deciding its merits. It is apparent from the above-noted excerpts of the pre-charge discussions that the trial judge initially misunderstood Mr. Gunning to be raising this defence in respect of the shooting. He then appeared to take the erroneous view that the defence could only be raised in respect of the "use" that actually caused the death (presumably the discharge of the weapon) and that it could not be raised in respect of Mr. Gunning's actions in taking and loading the gun for the purpose of intimidating Mr. Charlie into leaving the house. However, all of the events preceding the shooting had to be taken into account in determining whether Mr. Gunning had used reasonable force in his attempt to eject Mr. Charlie. In the end result, in determining whether there was any air of reality to this fourth element of the defence of property (i.e., the reasonableness of the force used to eject the trespasser), it becomes clear that the trial judge overstepped his role and decided the substantive merits of the defence. This is particularly apparent from his comment reproduced above that "a perfectly sober person having to load a gun because somebody is not only not leaving but being insulting may not be unlawful", but that the matter was otherwise in the case of this intoxicated accused. This weighing of the evidence and ultimate determination of the merits of the defence were matters for the jury to resolve.

M. Gunning, et une deuxième erreur en se prononçant sur le bien-fondé de ce moyen de défense. Il ressort des extraits précités des discussions antérieures à son exposé que le juge du procès avait initialement compris à tort que M. Gunning invoquait ce moyen de défense à l'égard de la fusillade. Il a ensuite paru avoir considéré à tort que ce moyen de défense ne pouvait être invoqué qu'à l'égard de l'« usage » qui avait véritablement causé la mort (sans doute la décharge de l'arme) et qu'il ne pouvait pas être invoqué à l'égard des actes que M. Gunning avait accomplis en prenant et en chargeant le fusil afin d'intimider M. Charlie et de l'inciter ainsi à quitter la maison. Cependant, tous les faits antérieurs à la fusillade devaient être pris en considération pour décider si M. Gunning avait employé une force raisonnable en tentant d'expulser M. Charlie. En définitive, il est clair qu'en décidant de la vraisemblance de ce quatrième volet de la défense d'un bien (à savoir le caractère raisonnable de la force employée pour expulser l'intrus), le juge du procès a outrepassé son rôle et s'est prononcé sur le bien-fondé de ce moyen de défense. Cela ressort particulièrement de son observation reproduite précédemment voulant qu'[TRADUCTION] « il se [puisse] qu'il ne soit pas illégal qu'une personne parfaitement sobre [. . .] se voie forcée de charger une arme à feu parce que quelqu'un non seulement refuse de s'en aller, mais encore lui lance des insultes », mais que ce ne fût pas le cas de cet accusé intoxiqué. Il appartenait au jury d'apprécier la preuve et de se prononcer, en fin de compte, sur le bien-fondé du moyen de défense.

E. *The Defence of Provocation*

39 The defence of provocation was also raised at trial and the jury was instructed accordingly. Section 232(1) provides that:

> Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.

Provocation is defined under s. 232(2):

> A wrongful act or an insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the

E. *Le moyen de défense fondé sur la provocation*

La provocation a également été invoquée comme moyen de défense au procès et le jury a reçu des directives en conséquence. Le paragraphe 232(1) prévoit ce qui suit :

> Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

Le paragraphe 232(2) définit ainsi la provocation :

> Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se

power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted on it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

maîtriser, est une provocation pour l'application du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

Mr. Gunning takes no issue on the instructions that were given to the jury but submits that the trial judge erred by failing to instruct the jury on the deemed assault provision under s. 41(2). It reads as follows:

40 M. Gunning ne conteste pas les directives données au jury, mais il prétend que le juge du procès a commis une erreur en ne donnant au jury aucune directive sur la présomption de voies de fait contenue au par. 41(2), dont voici le texte :

41. . . .

(2) A trespasser who resists an attempt by a person who is in peaceable possession of a dwelling-house or real property, or a person lawfully assisting him or acting under his authority to prevent his entry or to remove him, shall be deemed to commit an assault without justification or provocation.

41. . . .

(2) Un intrus qui résiste à une tentative, par quiconque est en possession paisible d'une maison d'habitation ou d'un bien immeuble, ou par quiconque prête légalement main-forte à cette personne ou agit sous son autorité, de l'empêcher d'entrer ou de l'éloigner, est réputé avoir commis des voies de fait sans justification ni provocation.

Mr. Gunning submits that the trial judge should have instructed the jury that, as a matter of law, Mr. Charlie's actions in resisting his attempts to remove him were deemed to be an unjustified and unprovoked assault and thus constituted the wrongful act or insult required to found the defence of provocation under s. 232 of the *Criminal Code.*

41 M. Gunning prétend que le juge du procès aurait dû informer le jury que, sur le plan juridique, les actes que M. Charlie avait accomplis en résistant à ses tentatives de l'éloigner étaient réputés constituer des voies de fait injustifiées et non provoquées et constituaient ainsi l'acte ou l'insulte fautifs requis pour pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur la provocation prévu à l'art. 232 du *Code criminel.*

In rejecting this ground of appeal, the British Columbia Court of Appeal first expressed some doubt about whether the defence of provocation should have been left to the jury at all. I make no comment on this aspect of the matter. This issue was not raised at trial, nor was it raised by the parties before the Court of Appeal. Whether the defence of provocation arises on the evidence is a question better left to the trial judge on the new trial.

42 En rejetant ce moyen d'appel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a d'abord exprimé des doutes quant à savoir s'il y avait tout simplement lieu de soumettre à l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la provocation. Je m'abstiens de commenter cet aspect de l'affaire. Cette question n'a pas été soulevée au procès et les parties ne l'ont pas soulevée non plus devant la Cour d'appel. Il vaut mieux laisser au juge du nouveau procès le soin de décider si le moyen de défense fondé sur la provocation peut être invoqué d'après la preuve.

However, I agree with the Court of Appeal that the trial judge did not err by failing to put s. 41(2) to the jury in relation to the defence of provocation. Counsel did not refer the trial judge to s. 41(2) and, in my view, understandably so. The defence of provocation only applies in respect of the offence of murder, in this case the alleged intentional shooting of Mr. Charlie. Mr. Gunning never asserted that he shot Mr. Charlie for the purpose of removing him

43 Cependant, je partage l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès n'a commis aucune erreur en s'abstenant de mentionner au jury le par. 41(2) relativement au moyen de défense fondé sur la provocation. L'avocat n'a pas renvoyé le juge du procès au par. 41(2), ce qui est compréhensible selon moi. Le moyen de défense fondé sur la provocation ne s'applique qu'à l'infraction de meurtre, en l'espèce la fusillade intentionnelle dont aurait

from his property. In any event, the defence of property would have no application to an intentional killing of a trespasser; the killing could only be justified in self-defence: *Baxter*, at p. 114. Hence, I would not give effect to this ground of appeal.

V. Disposition

44 For these reasons, I would allow the appeal, set aside the conviction and order a new trial.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Glen Orris, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Peck and Company, Vancouver.

été victime M. Charlie. M. Gunning n'a jamais dit qu'il avait fait feu sur M. Charlie pour l'éloigner de sa propriété. De toute façon, la défense d'un bien ne s'appliquerait pas à l'homicide intentionnel d'un intrus; seule la légitime défense pourrait justifier cet homicide : *Baxter*, p. 114. Je ne retiens donc pas ce moyen d'appel.

V. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Glen Orris, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Peck and Company, Vancouver.

Shawna Prebushewski *Appellant*

v.

Dodge City Auto (1984) Ltd. and Chrysler Canada Ltd. *Respondents*

INDEXED AS: PREBUSHEWSKI *v.* DODGE CITY AUTO (1984) LTD.

Neutral citation: 2005 SCC 28.

File No.: 30189.

2005: March 9; 2005: May 19.

Present: Major, Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Sale of goods — Statutory warranties — Breach of warranties — Truck bursting into flames and destroyed due to manufacturing defect — Consumer successfully suing car manufacturer and dealer for breach of statutory warranties pursuant to consumer protection legislation — Whether violation of consumer protection legislation justified award of exemplary damages — Whether violation was "wilful" — Consumer Protection Act, S.S. 1996, c. C-30.1, s. 65.

Damages — Exemplary damages — Consumer protection — Truck bursting into flames and destroyed due to manufacturing defect — Consumer successfully suing car manufacturer and dealer for breach of statutory warranties pursuant to consumer protection legislation — Trial judge awarding exemplary damages against car manufacturer and dealer — Whether violation of consumer protection legislation justified award of exemplary damages — Whether exemplary damages provision merely codified common law test for awarding such damages — Consumer Protection Act, S.S. 1996, c. C-30.1, s. 65.

Costs — Party-and-party costs — Consumer protection — Consumer successfully suing car manufacturer and dealer for breach of statutory warranties pursuant to consumer protection legislation — Court of Appeal

Shawna Prebushewski *Appelante*

c.

Dodge City Auto (1984) Ltd. et Chrysler Canada Ltd. *Intimées*

RÉPERTORIÉ : PREBUSHEWSKI *c.* DODGE CITY AUTO (1984) LTD.

Référence neutre : 2005 CSC 28.

N° du greffe : 30189.

2005 : 9 mars; 2005 : 19 mai.

Présents : Les juges Major, Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Vente de marchandises — Garanties légales — Violation de garanties — Camion détruit par un incendie causé par un défaut de fabrication — Consommateur ayant poursuivi avec succès en vertu de la loi sur la protection des consommateurs le fabricant et le détaillant pour violation des garanties légales — La violation de la loi sur la protection des consommateurs justifiait-elle l'octroi de dommages-intérêts exemplaires? — La violation était-elle « délibérée »? — Consumer Protection Act, S.S. 1996, ch. C-30.1, art. 65.

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts exemplaires — Protection des consommateurs — Camion détruit par un incendie causé par un défaut de fabrication — Consommateur ayant poursuivi avec succès en vertu de la loi sur la protection des consommateurs le fabricant et le détaillant pour violation des garanties légales — La juge du procès a condamné le fabricant et le détaillant à verser des dommages-intérêts exemplaires — La violation de la loi sur la protection des consommateurs justifiait-elle l'octroi de dommages-intérêts exemplaires? — La disposition relative aux dommages-intérêts exemplaires n'a-t-elle fait que codifier la règle de common law régissant l'octroi de tels dommages-intérêts? — Consumer Protection Act, S.S. 1996, ch. C-30.1, art. 65.

Dépens — Dépens sur la base partie-partie — Protection des consommateurs — Consommateur ayant poursuivi avec succès en vertu de la loi sur la protection des consommateurs le fabricant et le détaillant pour

affirming award of costs to consumer at trial but awarding costs against her on appeal because manufacturer and dealer achieved substantial success — Consumer protection legislation provides that costs may not be awarded against consumer bringing suit against a manufacturer or retail seller for breach of warranty unless suit is frivolous or vexatious — Whether Court of Appeal had jurisdiction to award costs against consumer — Whether protective scope of costs provision limited to proceedings at trials — Consumer Protection Act, S.S. 1996, c. C-30.1, s. 66.

Because of a manufacturing defect in the daytime running light module, P's truck burst into flames and was destroyed. Both the manufacturer and the dealer which sold the truck to P denied liability. They refused to provide any assistance and referred P to her insurer. At trial, the manufacturer's representative testified that the manufacturer had known for several years that there were problems with the module and had not informed its customers or ordered a recall. The trial judge found the manufacturer and the dealer responsible for breaching statutory warranties under the Saskatchewan *Consumer Protection Act*. P was awarded general and exemplary damages. The Court of Appeal overturned the exemplary damages award and awarded costs against P.

Held: The appeal should be allowed.

The trial judge's award of exemplary damages should be restored. The test for exemplary damages set out in s. 65 of the *Consumer Protection Act* is not a codification of the common law test. Rather, s. 65 creates a distinct regime designed to enhance consumer protection. By providing that "wilful" violations of the Act are sufficient to trigger a judge's discretion to award exemplary damages, the legislature has signalled in s. 65 an intention to lower the threshold and grant easier access to that remedy. A "wilful" act is voluntary, intentional, or deliberate. In this case, there was no basis to interfere with the trial judge's conclusion that the violation of the Act by the manufacturer and the dealer was wilful and that exemplary damages were warranted. [23-28] [37-39]

violation des garanties légales — La Cour d'appel a maintenu les dépens accordés au consommateur en première instance mais les a adjugés au fabricant et au détaillant en appel au motif qu'ils avaient eu gain de cause pour l'essentiel — Disposition de la loi sur la protection des consommateurs précisant que le consommateur qui poursuit un fabricant ou un détaillant pour violation de garanties ne peut être condamné aux dépens à moins que son action ne soit frivole ou vexatoire — La Cour d'appel avait-elle le pouvoir de condamner le consommateur aux dépens? — Le champ d'application de cette disposition protégeant les consommateurs contre les condamnations aux dépens se limite-t-il aux procédures intentées en première instance? — Consumer Protection Act, S.S. 1996, ch. C-30.1, art. 66.

En raison d'un défaut de fabrication du module de feux de jour, le camion de P a été détruit par un incendie soudain. Tant le fabricant du camion que le détaillant qui l'a vendu à P ont nié toute responsabilité. Ils ont refusé toute assistance à P et lui ont dit de s'adresser à son assureur. Au procès, le représentant du fabricant a témoigné que ce dernier savait depuis plusieurs années que le module de feux de jour posait des problèmes et n'avait pas informé ses clients du problème ou ordonné le rappel des véhicules. La juge de première instance a conclu à la responsabilité du fabricant et du détaillant pour violation des garanties instituées par la *Consumer Protection Act* de la Saskatchewan, et elle a accordé à P des dommages-intérêts généraux et des dommages-intérêts exemplaires. La Cour d'appel a annulé l'octroi des dommages-intérêts exemplaires et a condamné P aux dépens.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

L'octroi de dommages-intérêts exemplaires ordonné par la juge de première instance doit être rétabli. Le critère régissant l'octroi de tels dommages-intérêts exemplaires qui est énoncé à l'art. 65 de la *Consumer Protection Act* n'est pas une codification du critère prévu par la common law. L'article 65 établit plutôt un régime distinct visant à accroître la protection des consommateurs. En précisant qu'une contravention « délibérée » à la Loi suffit pour que le juge puisse exercer son pouvoir discrétionnaire et octroyer des dommages-intérêts exemplaires, le législateur a exprimé dans l'art. 65 l'intention d'imposer des conditions moins exigeantes et de faciliter l'accès à cette forme de réparation. Un acte « délibéré » est volontaire ou intentionnel. En l'espèce, il n'existe aucune raison de modifier la conclusion de la juge de première instance selon laquelle la contravention à la Loi par le fabricant et le détaillant était délibérée et que l'octroi de dommages-intérêts exemplaires était justifié. [23-28] [37-39]

The award of costs against P must be set aside. Section 66 provides that costs shall not be awarded against a consumer who brings an action against a manufacturer or retail seller for breach of warranty unless the action is frivolous or vexatious. The prohibition against ordering costs against the consumer applies whether or not the consumer is successful. The protective scope of s. 66 is not limited to proceedings at trials. Since both the trial court and the appeal court held that P was entitled to damages in the amount of the purchase price of the truck, and since there was no suggestion by either the manufacturer or the dealer that this action was frivolous or vexatious, there was no basis for an award of costs against P by the Court of Appeal. [41-44]

Cases Cited

Referred to: *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226.

Statutes and Regulations Cited

Bills of Exchange Act, R.S.C. 1952, c. 15, Part V [ad. S.C. 1969-70, c. 48, s. 2].
Consumer Packaging and Labelling Act, S.C. 1970-71-72, c. 41.
Consumer Products Warranties Act, 1977, S.S. 1976-77, c. 15.
Consumer Protection Act, S.S. 1996, c. C-30.1, ss. 3(c), 16, 40(1), 57(1), 65, 66.
Department of Consumer and Corporate Affairs Act, S.C. 1967-68, c. 16.
Food and Drugs Act, S.C. 1952-53, c. 38.
Hazardous Products Act, S.C. 1968-69, c. 42.
Motor Vehicle Safety Act, S.C. 1969-70, c. 30.
Textile Labelling Act, S.C. 1969-70, c. 34.
Weights and Measures Act, S.C. 1970-71-72, c. 36.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, "willful".
Ontario. Law Reform Commission. *Report on Consumer Warranties and Guarantees in the Sale of Goods*. Toronto: Department of Justice, 1972.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Tallis, Sherstobitoff and Lane JJ.A.), [2004] 4 W.W.R. 42, 241 Sask. R. 22, 313 W.A.C. 22, 40 B.L.R. (3d) 90, [2003] S.J. No. 856

La condamnation de P aux dépens doit être annulée. Suivant l'article 66 de la Loi, le consommateur qui poursuit un fabricant ou un détaillant pour violation de garanties ne peut être condamné aux dépens à moins que son action ne soit frivole ou vexatoire. Cette prohibition de condamner le consommateur aux dépens s'applique, et ce, que ce dernier ait gain de cause ou non. La protection accordée par l'art. 66 ne se limite pas seulement aux procédures intentées en première instance. Comme le tribunal de première instance et la Cour d'appel ont tous deux jugé que P avait droit à des dommages-intérêts correspondant au prix d'achat du camion, et que ni le fabricant ni le détaillant n'ont prétendu que la présente action était frivole ou vexatoire, la condamnation de P aux dépens devant la Cour d'appel n'était pas fondée. [41-44]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226.

Lois et règlements cités

Consumer Products Warranties Act, 1977, S.S. 1976-77, ch. 15.
Consumer Protection Act, S.S. 1996, ch. C-30.1, art. 3c), 16, 40(1), 57(1), 65, 66.
Loi des aliments et drogues, S.C. 1952-53, ch. 38.
Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation, S.C. 1970-71-72, ch. 41.
Loi sur l'étiquetage des textiles, S.C. 1969-70, ch. 34.
Loi sur la sécurité des véhicules automobiles, S.C. 1969-70, ch. 30.
Loi sur le ministère de la Consommation et des Corporations, S.C. 1967-68, ch. 16.
Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1952, ch. 15, partie V [aj. S.C. 1969-70, ch. 48, art. 2].
Loi sur les poids et mesures, S.C. 1970-71-72, ch. 36.
Loi sur les produits dangereux, S.C. 1968-69, ch. 42.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn. : West Group, 1999, « *willful* ».
Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Consumer Warranties and Guarantees in the Sale of Goods*. Toronto : Ministère de la Justice, 1972.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Tallis, Sherstobitoff et Lane), [2004] 4 W.W.R. 42, 241 Sask. R. 22, 313 W.A.C. 22, 40 B.L.R. (3d) 90, [2003] S.J.

(QL), 2003 SKCA 133, affirming in part a decision of Rothery J., [2002] 4 W.W.R. 321, 214 Sask. R. 135, 19 B.L.R. (3d) 304, [2001] S.J. No. 739 (QL), 2001 SKQB 537. Appeal allowed.

Ronald J. Balacko and *Darren Grindle*, for the appellant.

Kenneth A. Ready, Q.C., and *Tamara R. Prince*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

1 ABELLA J. — Shawna Prebushewski bought a truck manufactured by Chrysler Canada Ltd. ("Chrysler") from Dodge City Auto (1984) Ltd. ("Dodge City"). Because of a manufacturing defect, the truck burst into flames and was destroyed. At trial, Chrysler and Dodge City were held responsible for breaching statutory warranties under *The Consumer Protection Act*, S.S. 1996, c. C-30.1. Ms. Prebushewski was awarded both general and exemplary, or punitive, damages. The Saskatchewan Court of Appeal overturned the exemplary damages award and awarded costs against her. Ms. Prebushewski's appeal to this Court centres primarily on the interpretation of exemplary damages under the Act.

I. Background

2 On December 17, 1996, Ms. Prebushewski and her husband bought a new, top of the line Dodge Ram 4x4 one-half ton truck from Dodge City. Chrysler manufactured the truck and Dodge City was one of its Saskatchewan dealers. The Prebushewskis paid an additional $1,145 for an extended warranty from Chrysler. The entire purchase price, including taxes and extended warranty, was financed. The Prebushewskis borrowed $43,198.80 and, starting in January 1997, were required to make monthly payments of $721.23. For over a year and approximately 31,000 kilometres, Ms. Prebushewski and her husband drove the truck without incident.

No. 856 (QL), 2003 SKCA 133, qui a confirmé en partie une décision de la juge Rothery, [2002] 4 W.W.R. 321, 214 Sask. R. 135, 19 B.L.R. (3d) 304, [2001] S.J. No. 739 (QL), 2001 SKQB 537. Pourvoi accueilli.

Ronald J. Balacko et *Darren Grindle*, pour l'appelante.

Kenneth A. Ready, c.r., et *Tamara R. Prince*, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE ABELLA — Shawna Prebushewski a acheté chez Dodge City Auto (1984) Ltd. (« Dodge City ») un camion fabriqué par Chrysler Canada Ltée (« Chrysler »). En raison d'un défaut de fabrication, le camion a été détruit par un incendie soudain. La juge de première instance a conclu à la responsabilité de Chrysler et de Dodge City pour violation des garanties instituées par la *Consumer Protection Act*, S.S. 1996, ch. C-30.1 (la « Loi »), et elle a accordé à M^me^ Prebushewski des dommages-intérêts généraux et des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs. La Cour d'appel de la Saskatchewan a annulé l'octroi des dommages-intérêts exemplaires et a condamné M^me^ Prebushewski aux dépens. Le pourvoi de M^me^ Prebushewski devant notre Cour porte principalement sur l'interprétation des dommages-intérêts exemplaires prévus par la Loi.

I. Le contexte

Le 17 décembre 1996, M^me^ Prebushewski et son mari ont acheté chez Dodge City un camion neuf haut de gamme, soit un Dodge Ram 4x4 d'une demi-tonne. Il s'agissait d'un camion fabriqué par Chrysler; Dodge City était un des concessionnaires de Chrysler en Saskatchewan. Les Prebushewski ont versé 1 145 $ de plus pour obtenir une garantie prolongée de Chrysler. La totalité du montant de l'achat, taxes et garantie prolongée comprises, a fait l'objet d'un contrat de crédit en vertu duquel les acheteurs ont emprunté la somme de 43 198,80 $, remboursable à raison de paiements mensuels de 721,23 $ commençant au mois de janvier 1997. Pendant plus d'un an, les Prebushewski ont parcouru environ 31 000 kilomètres sans incident avec le camion.

At the end of April 1998, Mr. Prebushewski drove to work and parked the truck on the street outside his workplace. At about 9:00 p.m., he noticed that a vehicle on the street had its headlights on. Shortly afterwards, his employer noticed a fire. When Mr. Prebushewski and his employer went outside to see what was burning, they discovered that the front end of the Prebushewski truck was engulfed in flames. The truck was damaged beyond repair despite the rapid response of the fire department.

Ms. Prebushewski and her husband reported the loss to their insurer, Saskatchewan Government Insurance ("SGI"). After investigating the fire, SGI determined that there was a defect in the daytime running light module which had caused it to short-circuit.

On August 11, 1998, the insurance claim was settled. SGI valued the truck at $27,340 at the time of loss, subtracted the $700 deductible, and gave Ms. Prebushewski $26,640. She in turn gave the full amount to the bank under the terms of a security agreement. Despite this payment, Ms. Prebushewski still owed the bank $11,383.65. Because the security for the loan was destroyed, the bank increased the annual interest rate on the remainder of the loan from 8 percent to 11 percent. Ms. Prebushewski was still making payments to the bank at the time of the trial.

In addition to reporting the loss to their insurance company, the Prebushewskis also repeatedly tried to get assistance from Chrysler and Dodge City over a period of several months, primarily by phone. They were unsuccessful. Dodge City directed the Prebushewskis to Chrysler, and Chrysler directed them to their insurance company.

In May or June 1998, they also sent a letter to both Chrysler and Dodge City. In it they explained that the insurance company investigator had concluded that the loss was caused by an electrical fire but was not yet able to pinpoint the fire's exact origin. They also said that, based on conversations with work colleagues, family members and Transport Canada, they believed the fire was caused by a defect in the

À la fin d'avril 1998, M. Prebushewski s'est rendu au travail avec son camion, qu'il a garé dans la rue près de son lieu de travail. Vers 21 h, il a remarqué que les phares d'un véhicule stationné dans la rue étaient allumés. Peu après, son employeur a aperçu des flammes. Lorsque M. Prebushewski et son employeur sont sortis pour voir d'où elles provenaient, ils ont constaté que l'avant du camion du premier était en feu. Le véhicule a subi des dommages irréparables malgré l'intervention rapide des pompiers. 3

Madame Prebushewski et son mari ont signalé la perte à leur assureur, la Saskatchewan Government Insurance (« SGI »), qui a conclu après une enquête qu'une défectuosité dans le module de feux de jour avait causé un court-circuit. 4

La demande d'indemnité a été réglée le 11 août 1998. La SGI a déterminé que, au moment de la perte, le camion valait 27 340 $. Comme il y avait une franchise de 700 $, elle a versé la somme de 26 640 $ à M^me^ Prebushewski, qui l'a remise intégralement à la banque conformément à une convention de garantie. Malgré ce paiement, M^me^ Prebushewski devait toujours 11 383,65 $ à la banque, qui a fait passer de 8 % à 11 % le taux d'intérêt annuel applicable au solde du prêt, en raison de la destruction de la sûreté. Au moment du procès, M^me^ Prebushewski n'avait pas encore fini de rembourser la banque. 5

En plus de déclarer la perte à leur assureur, les Prebushewski ont pendant plusieurs mois tenté à maintes reprises, principalement par téléphone, d'obtenir l'assistance de Chrysler et Dodge City. Leurs démarches ont été infructueuses. Dodge City les renvoyait à Chrysler, qui elle leur disait de s'adresser à leur assureur. 6

En mai ou juin 1998, ils ont également écrit une lettre adressée à Chrysler et à Dodge City. Ils y expliquaient que l'enquêteur de l'assureur avait conclu à un incendie d'origine électrique mais qu'il n'était pas encore en mesure d'en déterminer la cause exacte. Ils ajoutaient qu'à la suite de conversations avec des membres de leur famille, des collègues de travail et des fonctionnaires de Transports Canada, 7

daytime running light module. The letter also noted that, during a phone conversation with a Chrysler customer service representative, Mr. Prebushewski was told "that's the way the cookie crumbles".

8 Chrysler replied to the Prebushewskis by letter on June 13, 1998 expressing regrets, but stating that "we must refer you to your insurance company for review". The daytime running light module was not mentioned in Chrysler's letter.

9 Dodge City did not respond to the Prebushewski letter.

10 On March 31, 1999, Ms. Prebushewski filed a statement of claim against both Chrysler and Dodge City alleging, among other things, breach of statutory warranties under the Act. In addition to general damages, she claimed exemplary damages pursuant to s. 65 of the Act.

11 Chrysler and Dodge City denied liability.

12 At trial, Ms. Prebushewski called uncontradicted expert evidence to establish that a manufacturing defect in the daytime running light module caused the fire.

13 Chrysler and Dodge City called no evidence at trial. Eric Durance, an electrical engineer at Chrysler, was, however, examined for discovery. He was Chrysler's "proper officer", or authorized representative, and it was agreed that his answers were to be binding on it. His evidence revealed that Chrysler had known for several years that there were problems with the daytime running light module:

Q: So this is what is known as the daytime running light module?

A: The module is the device that performs that function.

ils croyaient que l'incendie avait été causé par une défectuosité du module de feux de jour. Ils signalaient aussi dans leur lettre que, lors d'une conversation téléphonique avec un représentant du service à la clientèle de Chrysler, M. Prebushewski s'était fait répondre [TRADUCTION] « c'est la vie ».

Chrysler a répondu à la lettre des Prebushewski le 13 juin 1998, se disant désolée tout en indiquant qu'elle [TRADUCTION] « devait les renvoyer à leur assureur pour révision de leur dossier ». Il n'était pas question du module de feux de jour dans la lettre de Chrysler.

Dodge City n'a pas répondu à la lettre des Prebushewski.

Le 31 mars 1999, M^me^ Prebushewski a intenté une action contre Chrysler et contre Dodge City, plaidant notamment la violation des garanties instituées dans la Loi. Outre des dommages-intérêts généraux, M^me^ Prebushewski réclamait des dommages-intérêts exemplaires en vertu de l'art. 65 de la Loi.

Chrysler et Dodge City ont nié toute responsabilité.

Au procès, M^me^ Prebushewski a présenté des témoins experts pour établir que l'incendie avait été causé par un défaut de fabrication du module de feux de jour. Leur témoignage n'a pas été contredit.

Chrysler et Dodge City n'ont pas présenté de preuve au procès. Toutefois, un ingénieur électricien travaillant pour Chrysler, Eric Durance, avait été interrogé au préalable. Il était le [TRADUCTION] « représentant compétent » — ou représentant autorisé — de Chrysler, et il était entendu que ses réponses lieraient la société. Il est ressorti de son témoignage que Chrysler savait depuis plusieurs années que le module de feux de jour posait des problèmes :

[TRADUCTION]

Q : C'est donc cela qu'on appelle le module de feux de jour?

R : Le module est le dispositif qui remplit cette fonction.

Q: They have been shorting out?

A: Well, we have had various problems with them.

. . .

Q: Mr. Durance, just so I can get this clear, Chrysler knew it was having problems with the daytime running light module prior to the Prebushewski fire on April 29, 1998?

A: Yes.

Q: Did it take any steps whatsoever to advise Shawna Prebushewski or her husband that there was a problem with the daytime running light modules?

A: No.

Q: How many daytime running light modules are there?

A: Every car has one since 1988.

Q: Roughly?

A: Well, more than a million I would say.

Q: So I take it, to advise every owner of a vehicle with a daytime running light module and bring it in for inspection and perhaps replace it would be quite a costly process?

A: Yes.

Q: How much would it cost to call in a customer and inspect and replace the daytime running light module?

A: I don't know.

. . .

Q: Give us a rough idea?

A: Probably a couple of hundred dollars, $250.

Q: So for a million — a million of them it would be $250,000,000; is that correct?

A: Yes.

The proper officer for Dodge City, comptroller Jim Wilkins, was also examined for discovery. He admitted that Dodge City had done nothing to investigate the fire or to compensate Ms. Prebushewski.

Q : Des courts-circuits s'y produisent?

R : Eh bien, nous avons eu divers problèmes avec ces modules.

. . .

Q : M. Durance, pour que ce soit bien clair, Chrysler savait que le module de feux de jour posait des problèmes avant l'incendie du camion des Prebushewski le 29 avril 1998?

R : Oui.

Q : A-t-elle pris des mesures pour informer Shawna Prebushewski ou son mari de l'existence d'un problème lié au module de feux de jour?

R : Non.

Q : Combien y a-t-il de modules de feux de jour?

R : Il y en a un dans chaque véhicule depuis 1988.

Q : En gros?

R : Je dirais plus d'un million.

Q : Donc, ce serait très coûteux d'informer chaque propriétaire de véhicule équipé d'un module de feux de jour, de rappeler les véhicules pour inspection et, éventuellement, de remplacer la pièce?

R : Oui.

Q : Combien cela coûterait-il pour rappeler un véhicule, l'inspecter et remplacer le module de feux de jour?

R : Je ne sais pas.

. . .

Q : Donnez-nous une estimation approximative?

R : Probablement 200 $, 250 $.

Q : Donc, pour un million — un million de véhicules, cela coûterait 250 000 000 $; est-ce exact?

R : Oui.

Le responsable compétent chez Dodge City, le contrôleur Jim Wilkins, a également fait l'objet d'un interrogatoire préalable. Il a admis que Dodge City n'avait pas enquêté sur l'incendie ni fait quoi que ce soit pour indemniser M^me^ Prebushewski. 14

15 The trial judge, Rothery J., found Chrysler and Dodge City jointly liable for breaching the statutory warranties provided for in the Act: (2001), 214 Sask. R. 135, 2001 SKQB 537. Section 57(1) provides that a consumer is entitled to recover damages from both the manufacturer and the "retail seller" for breaches of statutory warranties.

16 The trial judge observed that s. 65(1) allows for the recovery of exemplary damages if there has been a "wilful violation" of the Act. Relying on *Black's Law Dictionary* (7th ed. 1999), at p. 1593, she defined "wilful" as "[v]oluntary and intentional, but not necessarily malicious." Based on this interpretation, she concluded that if Chrysler and Dodge City's violation of the Act was intentional, exemplary damages were potentially appropriate.

17 Rothery J. then made a number of factual findings to support the exercise of her discretion to award exemplary damages: Chrysler knew about the defect in the daytime running light module before the fire, but did not advise Ms. Prebushewski or any other consumer about the defect; Chrysler made a business decision not to advise its customers of the defect or to recall the vehicles; and neither Chrysler nor Dodge City made any effort to investigate the fire or to compensate Ms. Prebushewski.

18 She awarded Ms. Prebushewski $25,000 in exemplary damages in addition to $41,969.83 in general damages.

19 On appeal to the Saskatchewan Court of Appeal, Tallis J.A., writing for a unanimous court (Sherstobitoff and Lane JJ.A.), upheld the general damages award but set aside the exemplary damages award: (2003), 241 Sask. R. 22, 2003 SKCA 133. In his view, the trial judge had unduly focused on Chrysler and Dodge City's failure to compensate Ms. Prebushewski. Tallis J.A. held that this was insufficient to support an award of exemplary

En première instance, la juge Rothery a déclaré Chrysler et Dodge City conjointement responsables de violation des garanties instituées dans la Loi : (2001), 214 Sask. R. 135, 2001 SKQB 537. Le paragraphe 57(1) dispose que le consommateur a droit à des dommages-intérêts de la part du fabricant ainsi que du [TRADUCTION] « détaillant » en cas de violation des garanties légales.

La juge en première instance a souligné que le par. 65(1) de la Loi permet l'octroi de dommages-intérêts exemplaires lorsque les défendeurs ont commis une [TRADUCTION] « contravention délibérée » (*wilful violation*) à la Loi. S'appuyant sur le *Black's Law Dictionary* (7e éd. 1999), p. 1593, elle a défini ainsi le terme « délibéré » : [TRADUCTION] « [v]olontaire et intentionnel, mais pas nécessairement avec malveillance. » Sur la base de cette interprétation, elle a conclu que, si Chrysler et Dodge City avaient contrevenu à la Loi d'une manière intentionnelle, des dommages-intérêts exemplaires pourraient s'avérer indiqués.

La juge Rothery a ensuite tiré plusieurs conclusions de fait l'autorisant selon elle à octroyer des dommages-intérêts exemplaires en vertu de son pouvoir discrétionnaire : Chrysler était au courant, avant l'incendie, des défectuosités des modules de feux de jour, mais n'en a pas informé Mme Prebushewski ni aucun autre consommateur; Chrysler a pris la décision d'affaires de ne pas informer ses clients du problème et de ne pas rappeler les véhicules; ni Chrysler ni Dodge City n'ont enquêté sur l'incendie ou fait quoi que ce soit pour indemniser Mme Prebushewski.

Elle a accordé à Mme Prebushewski des dommages-intérêts de 25 000 $, en plus de dommages-intérêts généraux de 41 969,83 $.

Dans un jugement unanime rédigé par le juge Tallis (auquel ont souscrit les juges Sherstobitoff et Lane), la Cour d'appel de la Saskatchewan a maintenu les dommages-intérêts généraux, mais a annulé l'octroi de dommages-intérêts exemplaires : (2003), 241 Sask. R. 22, 2003 SKCA 133. Le juge Tallis a estimé que la juge de première instance avait accordé trop d'importance au refus de Chrysler et de Dodge City d'indemniser Mme Prebushewski. Selon

damages because the defendants had not acted in bad faith when they took the position that the loss was essentially an insurance claim.

Tallis J.A. also disagreed with Rothery J.'s condemnation of Chrysler's corporate policy and, despite her express finding to the contrary, was of the view that, before the Prebushewskis' truck burned, there was no indication that the daytime running light module defect caused fires. In his words:

> There was no evidence that Chrysler knew of, or should have expected a fire loss of this magnitude before the occurrence of this loss. Furthermore, there was no evidence adduced of any corporate policy of placing profits before the potential danger to its customer's safety. . . .
>
> In light of the evidence, we find no rational purpose in the award of exemplary damages in this case. . . . [paras. 50-51]

There was no explicit analysis of what the applicable test for an award of exemplary damages was under the Act, but the Court of Appeal appears to have accepted Chrysler and Dodge City's argument that the common law test prevailed.

In addition to setting aside the award of exemplary damages, the Court of Appeal awarded Chrysler and Dodge City their costs of the appeal. Ms. Prebushewski appealed both conclusions.

II. Analysis

A. *Exemplary Damages*

The primary issue in this appeal is whether the violation of the Act in this case gave rise to exemplary damages under s. 65 of the Act. This requires a determination of whether s. 65 articulates a discrete test for exemplary damages, or should be interpreted as merely codifying the common law.

lui, ce refus ne suffisait pas à justifier l'octroi de dommages-intérêts exemplaires, parce que les défenderesses n'avaient pas agi de mauvaise foi en faisant valoir que la perte consistait essentiellement en un sinistre indemnisable par l'assureur.

20 Le juge Tallis n'a pas souscrit non plus à la condamnation de la politique de Chrysler par la juge Rothery. Malgré la conclusion expresse à l'effet contraire de cette dernière, il s'est dit d'avis que, avant la destruction par les flammes du camion des Prebushewski, rien n'indiquait que la défectuosité du module de feux de jour provoquait des incendies. Voici en quels termes il s'est exprimé :

> [TRADUCTION] La preuve n'a pas établi que Chrysler savait ou qu'elle aurait dû prévoir qu'un incendie pourrait occasionner une perte de cette ampleur avant qu'elle ne survienne. De plus, aucun élément de preuve n'indiquait que l'entreprise avait pour politique de faire passer les bénéfices avant les dangers potentiels pour la sécurité de ses clients. . .
>
> Étant donné la preuve, nous sommes d'avis que l'octroi de dommages-intérêts exemplaires en l'espèce n'est pas rationnellement justifié . . . [par. 50-51]

21 La Cour d'appel n'a pas explicitement examiné la question de savoir quel était le critère applicable, en vertu de la Loi, pour l'octroi de dommages-intérêts exemplaires, mais elle semble avoir implicitement accepté l'argument de Chrysler et de Dodge City selon lequel c'est le critère de la common law qui s'appliquait.

22 En plus d'annuler l'octroi de dommages-intérêts exemplaires, la Cour d'appel a accordé leurs dépens en appel à Chrysler et à Dodge City. Madame Prebushewski a interjeté appel de ces deux conclusions.

II. Analyse

A. *Les dommages-intérêts exemplaires*

23 La principale question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la contravention à la Loi en l'espèce pouvait donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts exemplaires en vertu de l'art. 65 de cette loi. Pour la trancher, il faut déterminer si cette disposition établit un critère distinct pour l'octroi de

Section 65 is found in Part III of *The Consumer Protection Act* dealing with consumer product warranties:

65(1) In addition to any other remedy provided by this Part or any other law in force in the province, a consumer or a person mentioned in subsection 41(1) or in section 64 may recover exemplary damages from any manufacturer, retail seller or warrantor who has committed a wilful violation of this Part.

(2) In an action in which exemplary damages are claimed, evidence respecting the existence of similar conduct in transactions between the manufacturer, retail seller or warrantor and other consumers is admissible for the purposes of proving that violation of this Part was wilful or of proving the degree of wilfulness of the violation.

24 At common law, exemplary or punitive damages are awarded only in exceptional cases to meet the goals of retribution, deterrence and denunciation in cases of "malicious, oppressive and high-handed" conduct that "offends the court's sense of decency". The test limits the award to "misconduct that represents a marked departure from ordinary standards of decent behaviour"; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19, at para. 79; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18, at para. 36; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 199; and *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at p. 267.

25 In my view a different test for exemplary damages is anticipated by s. 65(1). The language of s. 65(1) is clear and unambiguous: once a wilful — or deliberate — violation has been found, the trial judge has a discretion to award exemplary damages. Had the legislature intended that the common law — and more exacting — test apply, it could easily have used words affiliated with the traditional approach to exemplary damages, such as "malicious" or "oppressive". By designating instead that "wilful" violations of the Act are sufficient to trigger a judge's discretion, the legislature has signalled

dommages-intérêts exemplaires, ou si l'on doit n'y voir qu'une simple codification du critère prévu par la common law. L'article 65 figure dans la partie III de la Loi, qui porte sur les garanties relatives aux produits de consommation :

[TRADUCTION]

65(1) Outre les autres recours prévus par la présente partie ou reconnus en droit dans la province, le consommateur ou la personne visée au paragraphe 41(1) ou à l'article 64 peut recouvrer des dommages-intérêts exemplaires d'un fabricant, d'un détaillant ou d'un garant qui a commis une contravention délibérée à la présente partie.

(2) Lorsque des dommages-intérêts exemplaires sont réclamés dans une action, la preuve de l'existence d'un comportement similaire dans des opérations entre le fabricant, le détaillant ou le garant et d'autres consommateurs est recevable pour démontrer que la contravention était délibérée ou pour établir à quel degré elle l'était.

En common law, des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs ne sont octroyés que dans des cas exceptionnels, afin de punir, de dissuader ou de dénoncer une conduite « malveillante, opprimante et abusive » qui « choque le sens de la dignité de la cour ». Le critère limite de tels dommages-intérêts aux seules « conduites répréhensibles représentant un écart marqué par rapport aux normes ordinaires en matière de comportement acceptable » : *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19, par. 79; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18, par. 36; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 199; et *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, p. 267.

À mon avis, le par. 65(1) établit un critère différent en matière de dommages-intérêts exemplaires. Le texte de ce paragraphe est clair et non ambigu : le juge qui conclut à l'existence d'une contravention délibérée a le pouvoir discrétionnaire d'accorder des dommages-intérêts exemplaires. Si le législateur avait voulu que le critère plus exigeant de la common law s'applique, il aurait facilement pu employer des mots associés à la notion classique de dommages-intérêts exemplaires, par exemple « malveillant » ou « opprimant ». En énonçant plutôt qu'une contravention « délibérée » à la Loi suffit pour que le

an intention to lower the threshold and grant easier access to the remedy of exemplary damages.

This intention to override existing law, such as the common law test, is reinforced by the introductory words to s. 65, which state:

In addition to any other remedy provided by this Part or any other law in force in the province, a consumer . . . may recover exemplary damages . . . .

Similarly, an intention that it be interpreted as charting a different remedial course from the common law can be found in s. 40(1), which, like s. 65, is found in Part III of the Act:

40(1) The rights and remedies provided in this Part are in addition to any other rights or remedies under any other law in force in Saskatchewan unless a right or remedy under that law is expressly or impliedly contradicted by this Part.

This provision, which explicitly acknowledges that the Act takes precedence over existing law, would be inoperable if s. 65(1) were interpreted in accordance with common law precepts rather than as reflecting an intention to replace them by creating a distinct regime designed to enhance consumer protection.

Each of these two sections signals the distinctiveness of the approach to exemplary or punitive damages in the legislative scheme; together, they trumpet it.

One can find additional support for the view that s. 65(1) represents a departure from the common law test for exemplary damages from the way such damages are referred to in s. 16, contained in Part II of the Act. Part II addresses unfair marketplace practices. Section 16(1)(b) provides that when a court finds that a supplier has committed an unfair practice, it may

juge puisse exercer son pouvoir discrétionnaire, le législateur a exprimé l'intention d'imposer des conditions moins exigeantes et de faciliter l'accès aux dommages-intérêts exemplaires.

26 La conclusion selon laquelle le législateur entendait écarter le droit existant, notamment le critère prévu par la common law, est renforcée par l'énoncé liminaire du par. 65(1), reproduit ci-après :

[TRADUCTION] Outre les autres recours prévus par la présente partie ou reconnus en droit dans la province, le consommateur [. . .] peut recouvrer des dommages-intérêts exemplaires . . .

27 De même, l'intention du législateur de voir cette disposition être interprétée comme ouvrant un recours différent de celui de la common law peut aussi être trouvée au par. 40(1) qui, tout comme l'art. 65, figure dans la partie III de la Loi :

[TRADUCTION]

40(1) Les droits et recours prévus par la présente partie s'ajoutent à ceux reconnus en droit dans la province à moins qu'ils ne soient expressément ou implicitement contraires à la présente partie.

28 Ce paragraphe, qui indique explicitement que les dispositions de la Loi l'emportent sur les règles de droit existantes, serait sans effet si l'on interprétait le par. 65(1) selon les principes de la common law plutôt que d'y voir une indication de l'intention de remplacer ceux-ci en établissant un régime distinct visant à accroître la protection des consommateurs.

29 Chacune de ces deux dispositions indique le caractère particulier des règles établies par la Loi en matière de dommages-intérêts exemplaires ou punitifs; prises ensemble, elles l'expriment d'une manière éclatante.

30 À l'appui de la conclusion selon laquelle le par. 65(1) s'écarte du critère de la common law en matière de dommages-intérêts exemplaires, on peut aussi invoquer les termes dans lesquels il est fait mention de ces dommages-intérêts à l'art. 16, qui se trouve dans la partie II de la Loi. La partie II porte sur les pratiques commerciales déloyales. L'alinéa 16(1)b) précise que, lorsque le tribunal conclut qu'un fournisseur s'est livré à une pratique déloyale, il peut

award the consumer damages in the amount of any loss suffered because of the unfair practice, including punitive or exemplary damages;

[TRADUCTION] accorder au consommateur des dommages-intérêts correspondant à la perte subie par suite de la pratique déloyale, y compris des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires;

31 Section 16(1)(b), by referring to "punitive or exemplary" damages without any limiting modifiers, can be seen as alluding to a different test for exemplary damages than the one set out in s. 65(1). The use of different language in s. 16 and s. 65 must be presumed to be meaningful.

Puisque la mention de dommages-intérêts [TRADUCTION] « punitifs ou exemplaires », dans cette disposition, n'est assortie d'aucun autre énoncé limitatif, on peut conclure qu'elle renvoie à un critère différent de celui qui est formulé au par. 65(1). Il faut présumer que l'emploi d'une formulation différente aux art. 16 et 65 est significatif.

32 The conclusion that the s. 65(1) test for exemplary damages replaces the common law approach also emerges from an analysis of the historical context and legislative history of Saskatchewan's consumer protection legislation.

La conclusion que le critère établi au par. 65(1) à l'égard des dommages-intérêts exemplaires remplace les principes de la common law ressort aussi d'une analyse du contexte historique et des origines de la législation de la Saskatchewan en matière de protection du consommateur.

33 Part III of the Act, in which s. 65 is found, was originally enacted in 1977 as *The Consumer Products Warranties Act, 1977*, S.S. 1976-77, c. 15. It was part of an emerging legislative pattern in North America designed to equitably reconfigure the imbalance in bargaining power between consumers and those who manufacture and sell products. In order to inform consumers and protect them from unsafe products and fraudulent or deceptive practices, legislation was introduced to rectify consumer vulnerability resulting from such common law principles as *caveat emptor*.

La partie III de la Loi, dans laquelle se trouve l'art. 65, a été édictée initialement en 1977 en tant que loi intitulée *The Consumer Products Warranties Act, 1977*, S.S. 1976-77, ch. 15. Ce texte s'inscrivait dans le mouvement observé alors en Amérique du Nord, où des lois étaient édictées en vue de corriger le déséquilibre entre les pouvoirs de négociation respectifs des consommateurs et des fabricants et vendeurs de produits. Afin d'informer les consommateurs et de les protéger contre les produits dangereux et les pratiques frauduleuses ou trompeuses, des mesures législatives ont été adoptées pour corriger la situation vulnérable dans laquelle des principes de common law comme la règle *caveat emptor* (que l'acheteur prenne garde) plaçaient le consommateur.

34 In Canada, the federal government enacted the *Department of Consumer and Corporate Affairs Act*, S.C. 1967-68, c. 16. A new Department of Consumer and Corporate Affairs was given responsibility for coordinating the enforcement of a number of federal consumer protection statutes. Other significant federal enactments included the *Food and Drugs Act*, S.C. 1952-53, c. 38, the *Hazardous Products Act*, S.C. 1968-69, c. 42, the *Motor Vehicle Safety Act*, S.C. 1969-70, c. 30, the *Textile Labelling Act*, S.C. 1969-70, c. 34, the consumer notes provisions of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1952, c. 15,

Au Canada, le gouvernement fédéral a édicté la *Loi sur le ministère de la Consommation et des Corporations*, S.C. 1967-68, ch. 16, qui confiait au nouveau ministère la tâche de coordonner l'application de diverses lois fédérales visant à protéger les consommateurs. Au nombre des lois fédérales importantes en cette matière figurent également la *Loi des aliments et drogues*, S.C. 1952-53, ch. 38, la *Loi sur les produits dangereux*, S.C. 1968-69, ch. 42, la *Loi sur la sécurité des véhicules automobiles*, S.C. 1969-70, ch. 30, la *Loi sur l'étiquetage des textiles*, S.C. 1969-70, ch. 34, les dispositions relatives

Part V (added by S.C. 1969-70, c. 48, s. 2), the *Weights and Measures Act*, S.C. 1970-71-72, c. 36, and the *Consumer Packaging and Labelling Act*, S.C. 1970-71-72, c. 41.

aux billets de consommation de la *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1952, ch. 15, partie V (ajoutée par S.C. 1969-70, ch. 48, art. 2), la *Loi sur les poids et mesures*, S.C. 1970-71-72, ch. 36, et la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, S.C. 1970-71-72, ch. 41.

Provincial governments, through their jurisdiction over property and civil rights, also began to enact legislation designed to improve protection for consumers and enhance their remedial options. One such statute was Saskatchewan's *Consumer Products Warranties Act, 1977*.

35 Les provinces ont elles aussi commencé à adopter des lois visant à améliorer la protection et les recours des consommateurs, en vertu de leur compétence en matière de propriété et de droits civils. La *Consumer Products Warranties Act, 1977*, de la Saskatchewan, faisait partie de ces lois.

When this statute was introduced in the Saskatchewan legislature, the then Minister of Consumer Affairs referred to a 1972 Ontario Law Reform Commission *Report on Consumer Warranties and Guarantees in the Sale of Goods* (1972), to explain why similar Saskatchewan warranty law was inadequate to meet the needs of consumers. The Minister quoted the following passage from p. 23 of the report:

36 Lors du dépôt du projet de loi à l'assemblée législative de la Saskatchewan, le ministre de la Consommation de l'époque a fait état d'un rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, intitulé *Report on Consumer Warranties and Guarantees in the Sale of Goods* (1972), afin d'expliquer les raisons pour lesquelles les dispositions législatives similaires de la Saskatchewan en matière de garantie ne répondaient pas adéquatement aux besoins des consommateurs. Il a cité le passage suivant du rapport ontarien, figurant à la p. 23 :

> [Ontario's *Sale of Goods Act*] proceeds from the fictitious premise that the parties are bargaining from positions of equal strength and sophistication .... Especially serious is the Act's preoccupation with the bilateral relationship between the seller and the buyer, which totally ignores the powerful position of the manufacturer in today's marketing structure.... [O]ur sales law is private law and it has failed to provide any meaningful machinery for the redress of consumer grievances. This last weakness is perhaps the most serious of all weaknesses, for as has been frequently observed, a right is only as strong as the remedy available to enforce it. [Emphasis added.]

> [TRADUCTION] [La *Loi sur la vente d'objets* de l'Ontario] repose sur la prémisse illusoire selon laquelle les parties à la négociation sont de force égale et aussi bien informées l'une que l'autre [. . .] L'insistance avec laquelle la Loi affirme la symétrie de la relation entre le vendeur et l'acheteur est particulièrement préoccupante, car ce principe ne tient aucun compte de la position de force qu'occupent aujourd'hui les fabricants dans la structure commerciale. [. . .] [L]es règles régissant la vente relèvent du droit privé et elles n'offrent aucune voie de recours efficace aux consommateurs lésés. Cette dernière lacune est peut-être la plus grave car il n'y a de droit, comme on l'a souvent fait remarquer, que s'il existe un moyen de le faire valoir. [Je souligne.]

In my view, the combined effect of the statute's language, history and purpose leads inexorably to the trial judge's conclusion that the s. 65 test for exemplary damages is different from the common law approach. A "wilful" act is voluntary, intentional or deliberate. The words embraced by the concept of wilfulness under the Act represent a less onerous entry point than the words acting as gatekeepers to an award of exemplary damages at common

37 À mon avis, l'effet conjugué du libellé, des origines et de l'objectif de la Loi conduisent inexorablement à la conclusion de la juge de première instance : le critère énoncé à l'art. 65 en matière de dommages-intérêts exemplaires diffère des règles de la common law. Un acte [TRADUCTION] « délibéré » est volontaire ou intentionnel. Les mots auxquels renvoie la notion d'acte délibéré exprimée dans la Loi posent une condition moins exigeante

law, and fulfil the legislature's intention to enhance the accessibility of the remedy. There is no basis for imputing the common law test into a provision so clearly designed to replace it.

que les mots qui limitent l'octroi de dommages-intérêts exemplaires en common law, et ils répondent à l'intention du législateur, qui voulait accroître l'accessibilité du recours. Rien ne justifie d'incorporer le critère prévu par la common law dans une disposition qui a si clairement pour but de le remplacer.

38 As previously indicated, the trial judge made a number of factual findings underpinning her conclusion that the violation was wilful and that exemplary damages were warranted. She stated:

Comme il a été mentionné plus tôt, la juge de première instance a tiré plusieurs constatations de fait qui l'ont amenée à conclure que la violation était délibérée et que l'octroi de dommages-intérêts exemplaires était justifié. Elle s'est exprimée en ces termes :

. . . the admissions of Eric Durance on behalf of Chrysler clearly show that not only did Chrysler know about the problems of the defective daytime running light modules, it did not advise the plaintiff of this. It simply chose to ignore the plaintiff's requests for compensation and told her to seek recovery from her insurance company. Chrysler . . . made a business decision to neither advise its customers of the problem nor to recall the vehicles to replace the modules. . . . Chrysler was not prepared to spend $250 million even though it knew what the defective module might do.

[TRADUCTION] . . . les aveux d'Eric Durance au nom de Chrysler montrent clairement que non seulement Chrysler était au courant des problèmes liés aux modules de feux de jour, mais qu'elle n'en a pas informé la demanderesse. Elle a simplement décidé de ne pas donner suite à la demande d'indemnisation de cette dernière et lui a dit de s'adresser à son assureur. Chrysler [. . .] a pris la décision d'affaires de ne pas informer ses clients du problème et de ne pas rappeler les véhicules pour remplacer le module. [. . .] Chrysler n'était pas disposée à dépenser 250 millions de dollars, même si elle savait ce que la défectuosité du module était susceptible de provoquer.

Mr. Durance admits that there is no other explanation for the fire in the plaintiff's truck. There is no indication that the plaintiff did anything to the truck to cause the fire. Jim Wilkins, the proper officer for Dodge, admitted that Dodge has done nothing to find out why the truck burned. Mr. Wilkins admits that Dodge has done nothing to compensate the plaintiff.

Monsieur Durance reconnaît que l'incendie du camion de la demanderesse ne s'explique d'aucune autre façon. Rien n'indique que la demanderesse ait fait quoi que ce soit au camion qui aurait provoqué l'incendie. Jim Wilkins, le responsable compétent chez Dodge, admet que Dodge n'a rien fait afin de déterminer la cause de l'incendie du camion. Il reconnaît que Dodge n'a pas fait quoi que ce soit pour indemniser la demanderesse.

Counsel for the defendants argues that this matter had to be resolved by litigation because the plaintiff and the defendants simply had a difference of opinion on whether the plaintiff should be compensated by the defendants. Had the defendants [had] some dispute as to the cause of the fire, that may have been sufficient to prove that they had not wilfully violated this Part of the Act. They did not. They knew about the defective daytime running light module. They did nothing to replace the burned truck for the plaintiff. They offered the plaintiff no compensation for her loss. Counsels' position that the definition of the return of the purchase price is an arguable point is not sufficient to negate the defendants' violation of this Part of the Act. I find the violation of the defendants to be

L'avocat des défenderesses fait valoir que l'affaire devait se régler devant les tribunaux parce que la demanderesse et les défenderesses différaient tout simplement d'avis sur la question de savoir si la demanderesse devait être indemnisée par les défenderesses. Si les défenderesses pensaient que la cause de l'incendie était contestable, cela aurait pu suffire à démontrer qu'elles n'avaient pas délibérément contrevenu à cette partie de la Loi. Or elles ne l'ont pas contestée. Elles étaient au fait de la défectuosité du module de feux de jour. Elles n'ont rien fait pour remplacer le camion incendié de la demanderesse. Elles ne lui ont rien offert pour l'indemniser de sa perte. La thèse de leur avocat selon laquelle la définition de la remise du prix d'achat est un point susceptible

wilful. Thus, I find that exemplary damages are appropriate on the facts of this case. [paras. 42-44]

Her factual findings were available on the record. I see no basis for interfering either with them or her conclusion that they represent a "wilful" violation of the Act attracting exemplary damages. Since the quantum of those damages is not at issue, I would restore the trial judge's award of exemplary damages in the amount of $25,000.

B. *Costs*

In the Court of Appeal, costs were awarded against Ms. Prebushewski, an award she submits the Court of Appeal had no jurisdiction to make.

Unless the action is frivolous or vexatious, s. 66 of the Act provides that costs "shall" not be awarded against a consumer who brings an action against a manufacturer or retail seller for breach of warranty, whether or not the consumer is successful:

66(1) No costs shall be awarded against a consumer, a person mentioned in subsection 41(1) who derives his or her property or interest in a consumer product from or through a consumer, or a person mentioned in section 64, who:

(a) brings an action against a manufacturer, retail seller or warrantor for breach of a warranty pursuant to this Part;

. . .

(2) Subsection (1) applies regardless of whether the consumer or other person is successful in his or her action, defence or counterclaim unless, in the opinion of the court, the action, defence or counterclaim was frivolous or vexatious.

Chrysler and Dodge City argue that this provision's protective scope is limited to proceedings in the Court of Queen's Bench. They rely on s. 3(c) of

d'être débattu ne suffit pas pour neutraliser la violation par les défenderesses de cette partie de la Loi. J'estime que la violation commise par les défenderesses était délibérée. Je conclus par conséquent que l'octroi de dommages-intérêts exemplaires est indiqué au vu des faits de l'affaire. [par. 42-44]

39 La preuve autorisait la juge de première instance à tirer de telles constatations de fait. Je ne vois aucune raison de modifier ces constatations ou la conclusion selon laquelle elles indiquent une contravention [TRADUCTION] « délibérée » à la Loi justifiant une condamnation à des dommages-intérêts exemplaires. Comme le montant de ces dommages-intérêts n'est pas contesté, je suis d'avis de rétablir l'octroi de dommages-intérêts exemplaires de 25 000 $ ordonné par la juge de première instance.

B. *Les dépens*

40 La Cour d'appel a condamné M^me^ Prebushewski aux dépens. Selon cette dernière, la cour n'avait pas le pouvoir de le faire.

41 Suivant l'article 66 de la Loi, le consommateur qui poursuit un fabricant ou un détaillant pour violation de garantie ne peut être condamné aux dépens — et ce, qu'il ait gain de cause ou non —, à moins que son action ne soit frivole ou vexatoire :

[TRADUCTION]

66(1) Ne peuvent être condamnés aux dépens le consommateur, la personne visée au paragraphe 41(1) qui tient son droit de propriété ou son intérêt sur un produit de consommation d'un consommateur ou la personne visée à l'article 64, qui :

a) soit intente une action contre un fabricant, un détaillant ou un garant pour violation d'une garantie prévue à la présente partie;

. . .

(2) Le paragraphe (1) s'applique sans égard à l'issue de l'action, de la défense ou de la demande reconventionnelle, à moins que le tribunal n'estime qu'elle était frivole ou vexatoire.

42 S'appuyant sur l'al. 3c) de la Loi, où le mot [TRADUCTION] « tribunal » est défini comme étant la « Cour du Banc de la Reine », Chrysler et Dodge

the Act which defines "court" as "Court of Queen's Bench". I see nothing in the language of s. 66 that either expressly or implicitly limits its application to the first stage in the natural progression of legal proceedings. Section 66(1), which stipulates that no costs should be awarded against a consumer, is clearly the defining provision in s. 66. It does not mention the word "court". The presence of that word in s. 66(2), a modifying provision, should not be read in a way that detracts from the clear purpose articulated in s. 66(1).

43 The spirit of s. 66 is to protect consumers who start legitimate lawsuits from the disincentive of potentially onerous costs awards against them. Its intent is to encourage the lawful pursuit of such claims. Limiting the application of such costs protection to the trial level would have the opposite effect, given the likelihood that unsuccessful defendants may, as they have a right to do, seek to appeal.

44 Since both the trial and the appeal court held that Ms. Prebushewski was entitled to damages in the amount of the purchase price of the truck, and since there is no suggestion by either Chrysler or Dodge City that this action is frivolous or vexatious, there was no basis for an award of costs against her in the Court of Appeal.

45 I would allow the appeal with costs throughout and restore the decision of the trial judge.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Rusnak Balacko Kachur Rusnak, Yorkton, Saskatchewan.

Solicitors for the respondents: McDougall Gauley, Regina.

City soutiennent que la protection accordée par cette disposition s'applique seulement aux instances devant la Cour du Banc de la Reine. Je ne vois rien dans le libellé de l'art. 66 qui restreigne expressément ou implicitement l'application de cette disposition à la première étape du cheminement naturel d'une action judiciaire. Le paragraphe 66(1), qui énonce que le consommateur ne peut être condamné aux dépens, constitue incontestablement la disposition essentielle de l'article. Le terme [TRADUCTION] « tribunal » n'y figure pas. La présence de ce terme au par. 66(2), qui est une disposition de modulation, ne saurait recevoir d'interprétation dérogeant à l'objet clairement exprimé au par. 66(1).

L'article 66 vise à protéger les consommateurs qui intentent des poursuites légitimes contre la possibilité dissuasive d'une condamnation à des dépens élevés. L'intention du législateur est ici de favoriser de telles poursuites. Limiter à la première instance cette protection relative aux dépens aurait le résultat inverse, étant donné la possibilité que les défendeurs condamnés souhaitent interjeter appel, comme ils en ont le droit.

Comme le tribunal de première instance et la Cour d'appel ont jugé que M^me^ Prebushewski avait droit à des dommages-intérêts correspondant au prix d'achat du camion, et que ni Chrysler ni Dodge City n'ont prétendu que l'action était frivole ou vexatoire, la condamnation de M^me^ Prebushewski aux dépens devant la Cour d'appel n'était pas fondée.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens dans toutes les cours, et de rétablir la décision de la juge de première instance.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Rusnak Balacko Kachur Rusnak, Yorkton, Saskatchewan.

Procureurs des intimées : McDougall Gauley, Regina.

Martin Jacques Dionne *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* DIONNE

Neutral citation: 2005 SCC 29.

File No.: 30488.

2005: May 19.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Circumstantial evidence — Recent possession.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Lambert, Mackenzie and Oppal JJ.A.) (2004), 202 B.C.A.C. 1, 331 W.A.C. 1, 186 C.C.C. (3d) 376, 22 C.R. (6th) 288, [2004] B.C.J. No. 1181 (QL), 2004 BCCA 274, upholding the accused's convictions for robbery and possession of stolen goods. Appeal dismissed.

Gabriel Chand, for the appellant.

Kenneth D. Madsen, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

FISH J. — The appellant, in his Notice of Appeal, raises two questions of law:

(1) "was the trial judge permitted to rely on the doctrine of recent possession in the circumstances of this case?"

(2) "did the trial judge appropriately apply the test for determining guilt in a case based solely on circumstantial evidence?"

Martin Jacques Dionne *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* DIONNE

Référence neutre : 2005 CSC 29.

N° du greffe : 30488.

2005 : 19 mai.

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

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

Droit criminel — Preuve — Preuve circonstancielle — Possession récente.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lambert, Mackenzie et Oppal) (2004), 202 B.C.A.C. 1, 331 W.A.C. 1, 186 C.C.C. (3d) 376, 22 C.R. (6th) 288, [2004] B.C.J. No. 1181 (QL), 2004 BCCA 274, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé de vol qualifié et de possession de biens volés. Pourvoi rejeté.

Gabriel Chand, pour l'appelant.

Kenneth D. Madsen, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE FISH — Dans son avis d'appel, l'appelant soulève deux questions de droit : 1

[TRADUCTION]

(1) "Le juge du procès pouvait-il se fonder sur la doctrine de la possession récente dans les circonstances de l'espèce?"

(2) "Le juge du procès a-t-il appliqué adéquatement le critère de détermination de la culpabilité dans une affaire reposant uniquement sur une preuve circonstancielle?"

For the reasons given by the majority in the Court of Appeal, we are all satisfied that both grounds are without merit.

2 The appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Rankin & Bond, Vancouver.

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

Pour les motifs exposés par les juges majoritaires en Cour d'appel, nous sommes tous convaincus que ces deux moyens sont dénués de fondement.

L'appel est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Rankin & Bond, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général, Victoria.

House of Commons and the Honourable Gilbert Parent *Appellants*

v.

Satnam Vaid and Canadian Human Rights Commission *Respondents*

and

Attorney General of Canada, the Honourable Senator Serge Joyal, the Honourable Senator Mobina S. B. Jaffer, Canadian Association of Professional Employees, Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada and Speaker of the Legislative Assembly of Ontario *Interveners*

Chambre des communes et l'honorable Gilbert Parent *Appelants*

c.

Satnam Vaid et Commission canadienne des droits de la personne *Intimés*

et

Procureur général du Canada, l'honorable sénateur Serge Joyal, l'honorable sénatrice Mobina S. B. Jaffer, Association canadienne des employés professionnels, Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, et Président de l'Assemblée législative de l'Ontario *Intervenants*

INDEXED AS: CANADA (HOUSE OF COMMONS) *v.* VAID

Neutral citation: 2005 SCC 30.

File No.: 29564.

2004: October 13; 2005: May 20.

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

RÉPERTORIÉ : CANADA (CHAMBRE DES COMMUNES) *c.* VAID

Référence neutre : 2005 CSC 30.

N° du greffe : 29564.

2004 : 13 octobre; 2005 : 20 mai.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Parliamentary privilege — Existence of privilege — Former chauffeur to Speaker of House of Commons filing discrimination and harassment complaints against Speaker and House after his position declared surplus — House and Speaker asserting parliamentary privilege in relation to "management of employees" to challenge jurisdiction of Canadian Human Rights Commission to investigate chauffeur's complaints — Whether claimed parliamentary privilege exists — Constitution Act, 1867, s. 18 — Parliament of Canada Act, R.S.C. 1985, c. P-1, s. 4.

Human rights — Human rights legislation — Application — Parliamentary employees — Whether Canadian Human Rights Act applicable to employees of Senate

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Privilège parlementaire — Existence du privilège — Ancien chauffeur du président de la Chambre des communes ayant déposé des plaintes pour discrimination et harcèlement contre la Chambre et son président après que son poste a été déclaré excédentaire — Privilège parlementaire à l'égard de la « gestion du personnel » invoqué par la Chambre et son président pour contester la compétence de la Commission canadienne des droits de la personne d'enquêter sur les plaintes du chauffeur — Le privilège invoqué existe-t-il? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 18 — Loi sur le Parlement du Canada, L.R.C. 1985, ch. P-1, art. 4.

Droits de la personne — Législation en matière de droits de la personne — Application — Employés du Parlement — La Loi canadienne sur les droits de la

and House of Commons — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 2.

Administrative law — Human rights tribunal — Jurisdiction — Parliamentary employees — Workplace complaints raising human rights issues — Chauffeur to Speaker of House of Commons declared surplus and filing discrimination and harassment complaints against Speaker and House — Whether Canadian Human Rights Commission has jurisdiction to investigate chauffeur's complaints — Whether chauffeur's complaints should proceed by way of grievance under the Parliamentary Employment and Staff Relations Act — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 2 — Parliamentary Employment and Staff Relations Act, R.S.C. 1985, c. 33 (2nd Supp.), s. 2.

Following a grievance under the *Parliamentary Employment and Staff Relations Act* ("PESRA"), V was reinstated as chauffeur to the Speaker of the House of Commons. He returned to work, but was not allowed to resume his duties. He was subsequently informed by the Speaker's office that, because of a reorganization, his former position would be made surplus. V complained to the Canadian Human Rights Commission against the Speaker and the House of Commons alleging refusal to continue his employment, harassment and discrimination on the basis of race, colour, and national or ethnic origin. The Commission accepted V's complaints and referred them to a tribunal. The Speaker and the House of Commons challenged the human rights tribunal's jurisdiction, claiming that the Speaker's power to hire, manage and dismiss employees was privileged and therefore immune to external review. The tribunal dismissed the challenge. On an application for judicial review, both the Federal Court, Trial Division, and the Federal Court of Appeal upheld the tribunal's decision.

Held: The appeal should be allowed.

The party who seeks to rely on the immunity provided by parliamentary privilege has the onus of establishing its existence. Within categories of privilege, Parliament is the judge of the occasion and manner of its exercise and such exercise is not reviewable by the courts. A finding that a particular area of parliamentary activity is covered by privilege therefore has very significant legal consequences for non-Members who claim to be injured by parliamentary conduct. [29-30]

personne s'applique-t-elle aux employés du Sénat et de la Chambre des communes? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 2.

Droit administratif — Tribunal des droits de la personne — Compétence — Employés du Parlement — Plaintes en matière de relations de travail soulevant des questions de droits de la personne — Poste de chauffeur du président de la Chambre des communes déclaré excédentaire — Plaintes pour discrimination et harcèlement déposées contre la Chambre et son président — La Commission canadienne des droits de la personne a-t-elle compétence pour enquêter sur les plaintes du chauffeur? — Les plaintes du chauffeur doivent-elles être instruites par voie de grief sous le régime de la Loi sur les relations de travail au Parlement? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 2 — Loi sur les relations de travail au Parlement, L.R.C. 1985, ch. 33 (2e suppl.), art. 2.

À la suite d'un grief instruit sous le régime de la *Loi sur les relations de travail au Parlement* (« LRTP »), V a été réintégré dans son poste de chauffeur du président de la Chambre des communes. Il est retourné au travail, mais n'a pas pu réintégrer ses fonctions. Le bureau du président de la Chambre l'a ensuite informé que, par suite d'une réorganisation, son ancien poste deviendrait excédentaire. V s'est plaint à la Commission canadienne des droits de la personne, reprochant à la Chambre des communes et à son président de refuser de continuer à l'employer, de le harceler et d'exercer de la discrimination fondée sur la race, la couleur et l'origine nationale et ethnique. La Commission a reçu les plaintes de V et les a renvoyées à un tribunal. La Chambre et son président ont contesté la compétence du tribunal des droits de la personne, affirmant que le pouvoir du président d'embaucher, de gérer et de congédier les employés était protégé par un privilège et échappait de ce fait à tout examen externe. Le tribunal a rejeté cette prétention. Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Section de première instance de la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La partie qui invoque l'immunité que confère le privilège parlementaire a le fardeau d'en établir l'existence. À l'intérieur d'une catégorie de privilège, le Parlement est seul juge de l'opportunité et des modalités de son exercice, qui échappe à tout contrôle judiciaire. Une conclusion portant qu'un secteur particulier de l'activité parlementaire est protégé par un privilège est donc lourde de conséquences sur le plan juridique pour les non-membres auxquels les actions de la Chambre ou de ses membres auraient causé un préjudice. [29-30]

The appellants have failed to establish the privilege in the broad and all-inclusive terms asserted. The *Canadian Human Rights Act* does apply to employees of Parliament. However, V is obliged by PESRA to pursue his complaints by way of a grievance under that Act. This conclusion, which rests entirely on administrative law principles and has nothing to do with parliamentary privilege, entitles the appellants to succeed. [6] [76] [82-83]

Legislative bodies created by the *Constitution Act, 1867* do not constitute enclaves shielded from the ordinary law of the land. The framers of the Constitution, and Canadian Parliamentarians in passing the *Parliament of Canada Act*, thought it right to use the House of Commons at Westminster as the benchmark for parliamentary privilege in Canada. Accordingly, to determine whether a privilege exists for the benefit of the Senate or House of Commons, or their members, a court must decide whether the category and scope of the claimed privilege have been authoritatively established in relation to our own Parliament or to the House of Commons at Westminster. If so, the claim to privilege ought to be accepted by the court. However, if the existence and scope of a privilege have not been authoritatively established, the court will be required to test the claim against the doctrine of necessity — the foundation of all parliamentary privilege. In such a case, in order to sustain a claim of privilege, the assembly or member seeking its immunity must show that the sphere of activity for which privilege is claimed is so closely and directly connected with the fulfilment by the assembly or its members of their functions as a legislative and deliberative body, including the assembly's work in holding the government to account, that outside interference would undermine the level of autonomy required to enable the assembly and its members to do their legislative work with dignity and efficiency. Once a claim to privilege is made out, the court will not enquire into the merits of its exercise in any particular instance. [29] [37-40] [46-48]

In this case, the appellants identified the claimed privilege as "management of employees". The privilege is said to cover with immunity all dealings with all employees without exception who work for the legislative branch of government. The wide-ranging privilege asserted by the appellants has not been authoritatively established in the courts of Canada or the United Kingdom and is not supported as a matter of principle by the necessity test. While a privilege no doubt attaches to the House's relations with some of its employees, the scope of the appellants' claim clearly exceeded what is considered necessary at Westminster; it is not established by historical precedent

Les appelants n'ont pas établi l'existence du privilège étendu et englobant qu'ils revendiquent. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'applique aux employés du Parlement. Toutefois, V est tenu par la LRTP de soumettre ses plaintes par voie de grief sous le régime de cette loi. Compte tenu de cette conclusion, qui repose entièrement sur le droit administratif et qui n'a rien à voir avec la question du privilège parlementaire, les appelants doivent avoir gain de cause. [6] [76] [82-83]

Les organismes législatifs créés par la *Loi constitutionnelle de 1867* ne constituent pas des enclaves à l'abri de l'application du droit commun du pays. Les rédacteurs de la Constitution, et les parlementaires canadiens qui ont adopté la *Loi sur le Parlement du Canada*, ont cru bon d'utiliser la Chambre de communes de Westminster comme point de référence en ce qui a trait au privilège parlementaire canadien. Par conséquent, pour décider si un privilège dont jouiraient le Sénat, la Chambre des communes ou leurs membres existe, les tribunaux doivent vérifier si la catégorie et l'étendue du privilège revendiqué ont été établies péremptoirement en ce qui concerne notre propre Parlement ou la Chambre des communes de Westminster. Dans l'affirmative, ce privilège devrait être reconnu par le tribunal. Toutefois, si l'existence et l'étendue d'un privilège n'ont pas été établies péremptoirement, le tribunal devra déterminer si ce privilège satisfait au critère de nécessité — qui sert d'assise à tout privilège parlementaire. En pareil cas, pour justifier leur revendication de privilège, l'assemblée ou le membre qui cherchent à bénéficier de l'immunité qu'il confère doivent démontrer que la sphère d'activité à l'égard de laquelle le privilège est revendiqué est si étroitement et directement liée à l'exécution de leurs fonctions d'assemblée législative et délibérante, y compris de la tâche de l'assemblée législative de demander des comptes au gouvernement, qu'une intervention externe saperait l'autonomie dont l'assemblée ou le membre ont besoin pour accomplir leur travail dignement et efficacement. Une fois l'existence d'un privilège établie, la Cour n'évaluera pas le bien-fondé de son exercice dans un cas particulier. [29] [37-40] [46-48]

En l'espèce, les appelants ont indiqué que le privilège qu'ils invoquent appartient à la catégorie « gestion du personnel ». L'immunité qu'il confère engloberait tous les rapports avec tous les employés qui travaillent pour l'organe législatif du gouvernement, sans exception. Le privilège général invoqué par les appelants n'a pas été établi péremptoirement par les tribunaux du Canada ou du Royaume-Uni et ne peut se justifier, sur le plan des principes, selon le critère de nécessité. Bien qu'il ne fasse aucun doute qu'un privilège protège les relations entre la Chambre et certains de ses employés, la portée de la revendication des appelants excède clairement ce qui

in Canada; and it is not consistent with the classic definition of privilege as being the sum of the privileges, immunities and powers enjoyed by the Senate, the House of Commons and provincial legislative assemblies, and by each member individually, "without which they could not discharge their functions". [29] [50-52] [53-56]

The *Canadian Human Rights Act* applies to all employees of the federal government, including those working for Parliament. However, the fact that V claims a violation of his human rights does not automatically steer the case to the Canadian Human Rights Commission. Rather, in this case, V's complaints of discrimination and harassment contrary to the provisions of the *Canadian Human Rights Act* arose in the context of his claim of constructive dismissal and therefore fall within the grievance procedure established under the PESRA. The PESRA created a specific regime governing the labour relations of parliamentary employees. Its system of redress, which covers complaints about violations of statutory standards such as those found in the *Canadian Human Rights Act*, runs parallel to the enforcement machinery provided under the *Canadian Human Rights Act*. While not all potential claims to relief under the *Canadian Human Rights Act* would be barred by s. 2 of the PESRA, there is clearly a measure of duplication in the two statutory regimes, and the purpose of s. 2 of PESRA is to avoid such duplication. Since Parliament has determined that workplace grievances of employees covered by the PESRA are to be dealt with under the PESRA, and as PESRA includes grievances related to violations of standards established by the *Canadian Human Rights Act*, V is obliged to seek relief under the PESRA. There is nothing in V's complaints to lift his grievance out of its specific employment context. [79-82] [89-95]

Cases Cited

Applied: *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112; **not followed:** *R. v. Graham-Campbell; Ex parte Herbert*, [1935] 1 K.B. 594; **considered:** *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; **referred to:** *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Duke of Newcastle v. Morris* (1870), L.R. 4 H.L. 661; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Ontario Human Rights Commission*

est jugé nécessaire à Westminster; elle n'est pas établie par un précédent historique au Canada; et elle n'est pas conforme à la définition classique du privilège comme la somme des privilèges, immunités et pouvoirs dont jouissent le Sénat, la Chambre des communes et les assemblées législatives provinciales ainsi que les membres de chaque Chambre, individuellement, « sans lesquels ils ne pourraient s'acquitter de leurs fonctions ». [29] [50-52] [53-56]

La *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'applique à tous les employés de l'administration fédérale, y compris ceux qui travaillent pour le Parlement. Ce n'est toutefois pas parce que V prétend que ses droits fondamentaux ont été violés que sa cause est nécessairement du ressort de la Commission canadienne des droits de la personne. En l'espèce, les plaintes de V alléguant qu'il y a eu discrimination et harcèlement en violation de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* se situent plutôt dans le contexte de son allégation de congédiement indirect et relèvent de ce fait de la procédure de grief établie par la LRTP. La LRTP a créé un régime particulier régissant les relations de travail avec les employés du Parlement. Son système de règlement des différends, qui s'applique notamment aux plaintes pour non-respect de normes légales comme celles prescrites par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, coexiste avec le mécanisme de règlement établi par cette dernière loi. Toutes les demandes éventuelles visant à obtenir réparation sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne seraient pas exclues par application de l'art. 2 de la LRTP, mais il y a manifestement chevauchement entre les deux régimes législatifs et l'objet de l'art. 2 est d'éviter pareil chevauchement. Étant donné que le législateur a prévu que les griefs des employés visés par la LRTP devaient être présentés et réglés sous le régime de la LRTP et que la LRTP inclut les griefs relatifs au non-respect des normes établies par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, V doit obligatoirement demander réparation sous le régime de la LRTP. Rien dans les plaintes de V ne justifie qu'elles soient considérées dans un autre contexte que leur contexte particulier de relations de travail. [79-82] [89-95]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Stockdale c. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112; **arrêt non suivi :** *R. c. Graham-Campbell; Ex parte Herbert*, [1935] 1 K.B. 594; **arrêt examiné :** *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; **arrêts mentionnés :** *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Duke of Newcastle c. Morris* (1870), L.R. 4 H.L. 661; *Insurance Corp. of British Columbia c.*

v. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 S.C.R. 536; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Telezone Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161; *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [2004] 1 F.C.R. 556, 2003 FC 975; *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600; *Kielley v. Carson* (1842), 4 Moo. P.C. 63, 13 E.R. 225; *Burdett v. Abbot* (1811), 14 East 1, 104 E.R. 501; *Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 54 O.R. (3d) 595; *Martin v. Ontario*, [2004] O.J. No. 2247 (QL); *R. v. Richards; Ex parte Fitzpatrick and Browne* (1955), 92 C.L.R. 157; *Egan v. Willis* (1998), 158 A.L.R. 527; *Huata v. Prebble*, [2004] 3 NZLR 359, [2004] NZCA 147; *Stopforth v. Goyer* (1979), 23 O.R. (2d) 696; *Re Clark and Attorney-General of Canada* (1977), 17 O.R. (2d) 593; *Prebble v. Television New Zealand Ltd.*, [1995] 1 A.C. 321; *Hamilton v. Al Fayed*, [2000] 2 All E.R. 224; *Zündel v. Boudria* (1999), 46 O.R. (3d) 410; *R. v. Behrens*, [2004] O.J. No. 5135 (QL), 2004 ONCJ 327; *Tafler v. British Columbia (Commissioner of Conflict of Interest)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 511; *Morin v. Crawford* (1999), 29 C.P.C. (4th) 362; *Payson v. Hubert* (1904), 34 S.C.R. 400; *Ainsworth Lumber Co. v. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 93, 2003 BCCA 239; *Re Ouellet (No. 1)* (1976), 67 D.L.R. (3d) 73; *Landers v. Woodworth* (1878), 2 S.C.R. 158; *Bear v. State of South Australia* (1981), 48 S.A.I.R. 604; *Thompson v. McLean* (1998), 37 C.C.E.L. (2d) 170; *Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Bradlaugh v. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271; *Temple v. Bulmer*, [1943] S.C.R. 265; *Carter v. Alberta* (2002), 222 D.L.R. (4th) 40, 2002 ABCA 303, leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. vii; *R. v. Bunting* (1885), 7 O.R. 524; *Penikett v. Canada* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108; *Sibbeston v. Northwest Territories (Attorney General)*, [1988] 2 W.W.R. 501; *Pickin v. British Railways Board*, [1974] A.C. 765; *House of Commons v. Canada Labour Relations Board*, [1986] 2 F.C. 372; *Walker v. Jones*, 733 F.2d 923 (1984); *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)*, [2004] 2 S.C.R. 223, 2004 SCC 40; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42; *Auclair v. Library of Parliament* (2002), 222 *Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Telezone Inc. c. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161; *Nation et bande indienne de Samson c. Canada*, [2004] 1 R.C.F. 556, 2003 CF 975; *Fielding c. Thomas*, [1896] A.C. 600; *Kielley c. Carson* (1842), 4 Moo. P.C. 63, 13 E.R. 225; *Burdett c. Abbot* (1811), 14 East 1, 104 E.R. 501; *Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) c. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 54 O.R. (3d) 595; *Martin c. Ontario*, [2004] O.J. No. 2247 (QL); *R. c. Richards; Ex parte Fitzpatrick and Browne* (1955), 92 C.L.R. 157; *Egan c. Willis* (1998), 158 A.L.R. 527; *Huata c. Prebble*, [2004] 3 NZLR 359, [2004] NZCA 147; *Stopforth c. Goyer* (1979), 23 O.R. (2d) 696; *Re Clark and Attorney-General of Canada* (1977), 17 O.R. (2d) 593; *Prebble c. Television New Zealand Ltd.*, [1995] 1 A.C. 321; *Hamilton c. Al Fayed*, [2000] 2 All E.R. 224; *Zündel c. Boudria* (1999), 46 O.R. (3d) 410; *R. c. Behrens*, [2004] O.J. No. 5135 (QL), 2004 ONCJ 327; *Tafler c. British Columbia (Commissioner of Conflict of Interest)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 511; *Morin c. Crawford* (1999), 29 C.P.C. (4th) 362; *Payson c. Hubert* (1904), 34 R.C.S. 400; *Ainsworth Lumber Co. c. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 93, 2003 BCCA 239; *Re Ouellet (No. 1)* (1976), 67 D.L.R. (3d) 73; *Landers c. Woodworth* (1878), 2 R.C.S. 158; *Bear c. State of South Australia* (1981), 48 S.A.I.R. 604; *Thompson c. McLean* (1998), 37 C.C.E.L. (2d) 170; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Bradlaugh c. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271; *Temple c. Bulmer*, [1943] R.C.S. 265; *Carter c. Alberta* (2002), 222 D.L.R. (4th) 40, 2002 ABCA 303, autorisation de pourvoi refusée, [2003] 1 R.C.S. vii; *R. c. Bunting* (1885), 7 O.R. 524; *Penikett c. Canada* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108; *Sibbeston c. Northwest Territories (Attorney General)*, [1988] 2 W.W.R. 501; *Pickin c. British Railways Board*, [1974] A.C. 765; *Chambre des communes c. Conseil canadien des relations du travail*, [1986] 2 C.F. 372; *Walker c. Jones*, 733 F.2d 923 (1984); *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, [2004] 2 R.C.S. 223, 2004 CSC 40; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat*

F.T.R. 124, 2002 FCT 777; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Goudie v. Ottawa (City)*, [2003] 1 S.C.R. 141, 2003 SCC 14; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Airlines International Ltd.*, [2004] 3 F.C.R. 663, 2004 FCA 113.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the internal Economy of the House of Commons, and for other purposes, S.C. 1868, c. 27.

Bill of Rights (Eng.), 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2, art. 9.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(*b*), 32(1).

Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 2, 11, 41, 43(2), 47(1), 48.9, 54.1(2).

Constitution Act, 1867, preamble, s. 18.

House of Commons (Offices) Act, 1812 (U.K.), 52 Geo. 3, c. 11.

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.

Parliament of Canada Act, R.S.C. 1985, c. P-1, s. 4.

Parliamentary Employment and Staff Relations Act, R.S.C. 1985, c. 33 (2nd Supp.), ss. 2, 4(1), 5(1), 14, 62(1).

Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1985, c. P-35.

Standing Orders of the House of Commons, Standing Order 151 [adopted in 1867 as Standing Order 83].

United States Constitution, art. 1, § 6, cl. 1.

Authors Cited

Anson, William Reynell. *The Law and Custom of the Constitution*, 5th ed., vol. I. Oxford: Clarendon Press, 1922.

Australia. Parliament of the Commonwealth of Australia. *Final Report of the Joint Select Committee on Parliamentary Privilege*, Parliamentary Paper No. 219/1984. Canberra: Commonwealth Government Printer, October 1984.

Bourinot, John George. *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1916.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. V, 3rd Sess., 28th Parl., p. 5338.

Canada. Parliament. House of Commons. *Beauchesne's Rules & Forms of the House of Commons of Canada*

canadien des travailleurs du papier, [1986] 1 R.C.S. 704; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42; *Auclair c. Bibliothèque du Parlement*, [2002] A.C.F. nº 1054 (QL), 2002 CFPI 777; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Goudie c. Ottawa (Ville)*, [2003] 1 R.C.S. 141, 2003 CSC 14; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Lignes aériennes Canadien International Ltée*, [2004] 3 R.C.F. 663, 2004 CAF 113.

Lois et règlements cités

Acte concernant l'Économie Intérieure de la Chambre des Communes et pour d'autres fins, S.C. 1868, ch. 27.

Bill of Rights (Angl.), 1 Will. & Mar. sess. 2, ch. 2, art. 9.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2*b*), 32(1).

Constitution des États-Unis, art. 1, § 6, cl. 1.

House of Commons (Offices) Act, 1812 (R.-U.), 52 Geo. 3, ch. 11.

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 2, 11, 41, 43(2), 47(1), 48.9, 54.1(2).

Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 18.

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 12.

Loi sur le Parlement du Canada, L.R.C. 1985, ch. P-1, art. 4.

Loi sur les relations de travail au Parlement, L.R.C. 1985, ch. 33 (2e suppl.), art. 2, 4(1), 5(1), 14, 62(1).

Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-35.

Règlement de la Chambre des communes, art. 151 [adopté en 1867 comme l'art. 83].

Doctrine citée

Anson, William Reynell. *The Law and Custom of the Constitution*, 5th ed, vol. I. Oxford : Clarendon Press, 1922.

Australie. Parliament of the Commonwealth of Australia. *Final Report of the Joint Select Committee on Parliamentary Privilege*, Parliamentary Paper No. 219/1984. Canberra : Commonwealth Government Printer, October 1984.

Bourinot, John George. *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada*, 4th ed. Toronto : Canada Law Book, 1916.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 3e sess., 28e parl., p. 5338.

Canada. Parlement. Chambre des communes. *Jurisprudence parlementaire de Beauchesne : Règlement*

with Annotations, Comments and Precedents, 6th ed. By Alistair Fraser, W. F. Dawson and John A. Holtby. Toronto: Carswell, 1989.

Canada. Parliament. House of Commons. *House of Commons Procedure and Practice.* Edited by Robert Marleau and Camille Montpetit. Ottawa: House of Commons, 2000.

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

Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament, 19th ed. By David Lidderdale, ed. London: Butterworths, 1976.

Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament, 23rd ed. By William McKay, ed. London: LexisNexis UK, 2004.

Heuston, R. F. V. *Essays in Constitutional Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1964.

Lock, G. F. "Labour Law, Parliamentary Staff and Parliamentary Privilege" (1983), 12 *Indus. L.J.* 28.

Maingot, J. P. Joseph. *Parliamentary Privilege in Canada*, 2nd ed. Montréal: McGill-Queen's University Press, 1997.

United Kingdom. House of Commons. *First Report from the Committee of Privileges*, "Speaker's Order of 22 January 1987 on a Matter of National Security". Report, together with Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, and Appendices. London: H.M.S.O., 1987.

United Kingdom. Parliament. Joint Committee on Parliamentary Privilege. *Report and Proceedings of the Committee.* London: H.M.S.O., 1999.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Linden and Rothstein JJ.A.), [2003] 1 F.C. 602, 222 D.L.R. (4th) 339, 296 N.R. 305, 46 Admin. L.R. (3d) 200, 22 C.C.E.L. (3d) 1, [2002] F.C.J. No. 1663 (QL), 2002 FCA 473, upholding a decision of Tremblay-Lamer J., [2002] 2 F.C. 583, 203 F.T.R. 175, 208 D.L.R. (4th) 749, 38 Admin. L.R. (3d) 252, 14 C.C.E.L. (3d) 125, [2001] F.C.J. No. 1818 (QL), 2001 FCT 1332, dismissing an application for judicial review of a decision from the Human Rights Tribunal (2001), 40 C.H.R.R. D/229, [2001] C.H.R.D. No. 15 (QL). Appeal allowed.

Neil Finkelstein, Jacques A. Emond and *Lynne J. Poirier*, for the appellants.

Andrew Raven and *David Yazbeck*, for the respondent Satnam Vaid.

annoté et formulaire de la Chambre des communes du Canada, 6e éd. Par Alistair Fraser, W. F. Dawson et John A. Holtby. Toronto : Carswell, 1991.

Canada. Parlement. Chambre des communes. *La procédure et les usages de la Chambre des communes.* Sous la direction de Robert Marleau et Camille Montpetit. Ottawa : Chambre des communes, 2000.

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

Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament, 19th ed. By David Lidderdale, ed. London : Butterworths, 1976.

Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament, 23rd ed. By William McKay, ed. London : LexisNexis UK, 2004.

Heuston, R. F. V. *Essays in Constitutional Law*, 2nd ed. London : Stevens & Sons, 1964.

Lock, G. F. « Labour Law, Parliamentary Staff and Parliamentary Privilege » (1983), 12 *Indus. L.J.* 28.

Maingot, J. P. Joseph. *Le privilège parlementaire au Canada*, 2e éd. Montréal : Presses universitaires McGill-Queen's, 1997.

Royaume-Uni. House of Commons. *First Report from the Committee of Privileges*, « Speaker's Order of 22 January 1987 on a Matter of National Security ». Report, together with Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, and Appendices. London : H.M.S.O., 1987.

Royaume-Uni. Parliament. Joint Committee on Parliamentary Privilege. *Report and Proceedings of the Committee.* London : H.M.S.O., 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Linden et Rothstein), [2003] 1 C.F. 602, 222 D.L.R. (4th) 339, 296 N.R. 305, 46 Admin. L.R. (3d) 200, 22 C.C.E.L. (3d) 1, [2002] A.C.F. nº 1663 (QL), 2002 CAF 473, qui a confirmé une décision de la juge Tremblay-Lamer, [2002] 2 C.F. 583, 203 F.T.R. 175, 208 D.L.R. (4th) 749, 38 Admin. L.R. (3d) 252, 14 C.C.E.L. (3d) 125, [2001] A.C.F. nº 1818 (QL), 2001 CFPI 1332, rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal des droits de la personne (2001), 40 C.H.R.R. D/229, [2001] D.C.D.P. nº 15 (QL). Pourvoi accueilli.

Neil Finkelstein, Jacques A. Emond et *Lynne J. Poirier*, pour les appelants.

Andrew Raven et *David Yazbeck*, pour l'intimé Satnam Vaid.

Philippe Dufresne and *R. Daniel Pagowski*, for the respondent the Canadian Human Rights Commission.

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

Dale Gibson, for the interveners the Honourable Senator Serge Joyal and the Honourable Senator Mobina S. B. Jaffer.

Peter Engelmann and *Raija Pulkkinen*, for the interveners the Canadian Association of Professional Employees and the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada.

Catherine Beagan Flood, for the intervener the Speaker of the Legislative Assembly of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

1 BINNIE J. — The former Speaker of the House of Commons, the Honourable Gilbert Parent, is accused of constructively dismissing his chauffeur, Mr. Satnam Vaid, for reasons that amount to workplace discrimination and harassment under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6. The issue on this appeal is whether it is open to the Canadian Human Rights Tribunal to investigate Mr. Vaid's complaint.

2 The former Speaker denies any impropriety, but he joins the House of Commons in a preliminary objection that the hiring and firing of House employees are "internal affairs" which may not be questioned or reviewed by any tribunal or court outside the House itself. This immunity, the appellants say, emerged from the struggle for independence by the House of Commons from the prerogatives of the King, the authority of the Royal courts of law, and the special rights of the House of Lords reaching back in part to the time of the Tudor Kings and Queens in the 16th century. The appellants contend that these hard-won powers and immunities, collectively referred to as the privileges of Parliament, permit the Senate

Philippe Dufresne et *R. Daniel Pagowski*, pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne.

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

Dale Gibson, pour les intervenants l'honorable sénateur Serge Joyal et l'honorable sénatrice Mobina S. B. Jaffer.

Peter Engelmann et *Raija Pulkkinen*, pour les intervenants l'Association canadienne des employés professionnels et le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier.

Catherine Beagan Flood, pour l'intervenant le Président de l'Assemblée législative de l'Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — On reproche à l'ancien président de la Chambre des communes, l'honorable Gilbert Parent, d'avoir congédié indirectement son chauffeur, M. Satnam Vaid, pour des motifs qui constituent un acte discriminatoire et du harcèlement en matière d'emploi au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6. Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer si le Tribunal canadien des droits de la personne a compétence pour examiner la plainte de M. Vaid.

L'ancien président de la Chambre des communes soutient n'avoir commis aucune irrégularité, mais il se joint à la Chambre pour présenter une objection préliminaire portant que l'embauche et le renvoi des employés de la Chambre sont des « affaires internes » que seule la Chambre peut examiner et qui ne sont donc pas du ressort des tribunaux. Les appelants soutiennent que cette immunité remonte en partie au XVI^{e} siècle, à l'époque de la monarchie des Tudors, et qu'elle est le fruit des efforts déployés par la Chambre des communes du Royaume-Uni pour assurer son indépendance par rapport aux pouvoirs de prérogative du Roi, à l'autorité des cours royales de justice et aux droits spéciaux de la Chambre des lords. Les appelants font valoir que ces

and the House to conduct their employee relations free from interference from the Canadian Human Rights Commission or any other body outside Parliament itself.

pouvoirs et immunités acquis de haute lutte, collectivement désignés comme les privilèges du Parlement, permettent au Sénat et à la Chambre de gérer leurs relations avec leurs employés à l'abri de l'ingérence de tout organisme autre que le Parlement, et notamment de la Commission canadienne des droits de la personne.

The respondent Canadian Human Rights Commission, which seeks to investigate Mr. Vaid's allegations, says it is unthinkable that Parliament would seek to deny its employees the benefit of labour and human rights protections which Parliament itself has imposed on every other federal employer.

3 La Commission canadienne des droits de la personne, intimée, qui veut mener une enquête sur les allégations de M. Vaid, affirme qu'il est inconcevable que le Parlement puisse chercher à priver ses employés des protections existantes en matière de relations de travail et de droits de la personne, auxquelles il a lui-même assujetti tous les autres employeurs fédéraux.

There are few issues as important to our constitutional equilibrium as the relationship between the legislature and the other branches of the State on which the Constitution has conferred powers, namely the executive and the courts. The resolution of this issue is especially important when the action of the Speaker sought to be immunized from outside scrutiny is directed against a stranger to the House (i.e., not a Member or official) who is remote from the legislative functions that parliamentary privilege was originally designed to protect. The courts below held that parliamentary privilege does not include the freedom to discriminate on grounds prohibited by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or the *Canadian Human Rights Act* because such discrimination is not necessary to the *proper* functioning of the Senate or House of Commons. On this view, an allegation of discrimination destroys any privilege that might otherwise immunize the Speaker's conduct from external review. I do not agree. The purpose of privilege is to recognize Parliament's *exclusive* jurisdiction to deal with complaints within its privileged sphere of activity. The proper focus, in my view, is not the grounds on which a particular privilege is exercised, but the prior question of the existence and scope of the privilege asserted by Parliament in the first place.

4 Peu de questions revêtent autant d'importance pour notre équilibre constitutionnel que le rapport entre la législature et les autres organes de l'État auxquels la Constitution a conféré des pouvoirs, soit l'exécutif et les tribunaux judiciaires. La résolution de cette question est d'une importance particulière lorsque l'action du président de la Chambre que l'on cherche à soustraire à l'examen d'un organe externe vise une personne étrangère à la Chambre (c.-à-d. qui n'est ni un membre, ni un fonctionnaire de la Chambre) et qui n'a rien à voir avec les fonctions législatives que le privilège parlementaire était initialement censé protéger. Les tribunaux d'instance inférieure ont statué que le privilège parlementaire ne confère pas la liberté d'exercer une discrimination fondée sur un motif interdit par la *Charte canadienne des droits et libertés* ou par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, car cette discrimination n'est pas nécessaire au *bon* fonctionnement du Sénat ou de la Chambre des communes. Suivant ce raisonnement, une allégation de discrimination a pour effet d'écarter tout privilège qui pourrait autrement soustraire la conduite du président de la Chambre à un examen externe. Je ne suis pas d'accord. L'objet du privilège parlementaire est de reconnaître la compétence *exclusive* du Parlement d'examiner les plaintes qui se situent dans sa sphère d'activité protégée. À mon avis, il faut diriger notre attention non pas sur les motifs qui sous-tendent l'exercice du privilège, mais en premier lieu sur la question préalable de l'existence et de l'étendue du privilège invoqué par le Parlement.

5 Focussing, then, on the scope of the claimed privilege, the respondents argue that the duties of the Speaker's chauffeur appear too remote from the legislative function of the House and that the respondent Vaid's dismissal is not immunized from external review by virtue of parliamentary privilege. I will deal with this issue at some length in the reasons that follow. My conclusion is that the onus was on the appellants to establish a privilege that immunizes their conduct from the ordinary law governing the resolution of disputes with support staff such as Mr. Vaid, and that the appellants have failed to do so. I would therefore reject the appellants' first ground of appeal based on an alleged parliamentary privilege. I would hold that the language used by Parliament in the *Canadian Human Rights Act* is wide enough to cover its own employees and that the sweeping exemption now asserted by the appellants has not been shown to be intended by Parliament nor, on general principles, is it necessary or justifiable as parliamentary privilege.

Ainsi, mettant l'accent sur l'étendue du privilège revendiqué, les intimés soutiennent que les tâches du chauffeur du président de la Chambre n'ont pas de lien assez étroit avec la fonction législative de la Chambre pour que le privilège parlementaire mette le congédiement de M. Vaid à l'abri d'un examen externe. Sur cette question, que j'examinerai en détail dans les motifs qui suivent, je conclus qu'il incombait aux appelants d'établir l'existence d'un privilège les soustrayant à l'application des lois ordinaires régissant le règlement des différends avec les employés de soutien comme M. Vaid, et qu'ils ne se sont pas acquittés de ce fardeau. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le premier moyen d'appel fondé sur l'existence d'un privilège parlementaire. J'estime que les termes utilisés par le Parlement dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont suffisamment larges pour englober ses propres employés, et qu'il n'a pas été démontré que le législateur a voulu faire bénéficier les appelants de l'exemption générale qu'ils invoquent maintenant, ni qu'en vertu des principes généraux, pareille exemption est nécessaire ou justifiable en tant que privilège parlementaire.

6 The appellants also put forward a narrower administrative law objection. They contend that the respondent Vaid falls within the group of employees for whom Parliament has enacted a special labour relations regime under the *Parliamentary Employment and Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. 33 (2nd Supp.) ("PESRA"). Mr. Vaid, on this view, is entitled to invoke the principles of the *Canadian Human Rights Act*, but he must do so by the special procedure governing the bulk of parliamentary employees. I agree that the respondent Vaid's workplace complaints could have been adjudicated under PESRA (as indeed his earlier complaints were dealt with in 1995) and that the appellant House of Commons is entitled to require him to utilize the statutory machinery that Parliament has enacted, which is clearly stated to be the exclusive method of dispute resolution for employees such as the respondent Vaid. This conclusion, which rests entirely on administrative law principles and has nothing to do with

Les appelants présentent aussi un argument plus circonscrit relevant du droit administratif. Ils font valoir que l'intimé, M. Vaid, appartient au groupe des employés à l'égard desquels le Parlement a établi un régime particulier de relations de travail en édictant la *Loi sur les relations de travail au Parlement*, L.R.C. 1985, ch. 33 (2e suppl.) (« LRTP »). Selon cette thèse, M. Vaid peut invoquer les principes énoncés dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, mais il doit pour ce faire se conformer à la procédure spéciale qui régit l'ensemble des employés du Parlement. Je conviens que les plaintes de l'intimé, M. Vaid, en matière de relations de travail auraient pu faire l'objet d'un arbitrage sous le régime de la LRTP (les plaintes antérieures de l'intimé ayant d'ailleurs été réglées ainsi en 1995) et que la Chambre des communes, appelante, a le droit d'exiger qu'il ait recours au mécanisme prescrit par cette loi du Parlement, expressément désigné comme mode exclusif de règlement des différends pour les employés

parliamentary privilege, entitles the appellants to succeed. The appeal is therefore allowed.

I. Facts

Satnam Vaid worked as a chauffeur to successive Speakers of the House of Commons between 1984 and 1994. He was initially terminated on January 11, 1995 because it was said he refused to assume new duties under a changed job description and then refused alternative employment. He grieved the termination pursuant to PESRA. The matter was referred to adjudication and on July 27, 1995, the Board of Adjudication found in favour of Mr. Vaid and ordered that he be reinstated to his position as chauffeur ([1995] C.P.S.S.R.B. No. 74 (QL)). The Board also concluded that there was evidence insufficient to support a finding of discrimination:

> Mr. Vaid has alleged discrimination and suggested that he might have been asked to clean dishes because of the colour of his skin. The evidence presented certainly does not permit me to reach that conclusion.

Mr. Vaid returned to work on August 17, 1995, at which time he was told that the chauffeur's position had been designated "bilingual imperative". Lacking the necessary French language skills to resume his former post, he was sent for French language training.

In a letter dated April 8, 1997, Mr. Vaid advised the appellant House of Commons that he wished to come back to work. The Speaker's office replied on May 12, 1997 that, because of reorganization, his former position would be made surplus effective May 29, 1997.

Mr. Vaid then filed two complaints with the respondent Commission, both dated July 10, 1997, alleging separately that the appellant Speaker and the appellant House of Commons discriminated against him on the basis of his race, colour and national or ethnic origin. He also complained of workplace harassment. With respect to the appellant

comme M. Vaid. Compte tenu de cette conclusion, qui repose entièrement sur le droit administratif et qui n'a rien à voir avec la question du privilège parlementaire, les appelants doivent avoir gain de cause. Le pourvoi est donc accueilli.

I. Les faits

7 Entre 1984 et 1994, Satnam Vaid a travaillé en qualité de chauffeur pour plusieurs présidents successifs de la Chambre des communes. Il a d'abord été congédié le 11 janvier 1995 parce qu'il aurait refusé d'assumer de nouvelles fonctions lui incombant selon une nouvelle description de travail et qu'il aurait refusé un autre poste. Il a déposé un grief sous le régime de la LRTP. L'affaire a été renvoyée à l'arbitrage et, le 27 juillet 1995, le conseil d'arbitrage a donné gain de cause à M. Vaid et ordonné qu'il soit réintégré dans son poste de chauffeur ([1995] C.R.T.F.P.C. n° 74 (QL)). Le conseil a aussi conclu que la preuve ne permettait pas de conclure qu'il y avait eu discrimination :

> M. Vaid a allégué de la discrimination, laissant entendre que si on lui a demandé de laver de la vaisselle, c'est peut-être en raison de la couleur de sa peau. La preuve produite ne me permet sûrement pas de tirer cette conclusion.

8 M. Vaid est retourné travailler le 17 août 1995, date à laquelle on lui a dit que le poste de chauffeur avait été désigné « bilingue à nomination impérative ». M. Vaid n'ayant pas les connaissances nécessaires en français pour reprendre son ancien emploi, on l'a envoyé suivre des cours de français.

9 Dans une lettre datée du 8 avril 1997, M. Vaid a informé la Chambre des communes, appelante, qu'il voulait revenir au travail. Le 12 mai 1997, le bureau du président lui a répondu que, par suite d'une réorganisation, son ancien poste deviendrait excédentaire le 29 mai 1997.

10 M. Vaid a par la suite déposé devant la Commission intimée deux plaintes séparées, datées du 10 juillet 1997, contre la Chambre des communes et son président, appelants, alléguant qu'ils avaient agi de façon discriminatoire à son endroit du fait de sa race, de sa couleur et de son origine nationale ou ethnique. Il s'est également plaint d'avoir été harcelé au

House of Commons, he alleged refusal of continued employment.

II. Judicial History

11 In response to these complaints, the appellants challenged the jurisdiction of the Canadian Human Rights Tribunal to inquire into their conduct. The issue was heard by the Tribunal which, by a majority decision on April 25, 2001, ruled in favour of Mr. Vaid and the Commission ((2001), 40 C.H.R.R. D/229). The appellants then sought a judicial review of this ruling. Their application was refused by the Federal Court, Trial Division, [2002] 2 F.C. 583, 2001 FCT 1332, and this refusal was affirmed by a unanimous Federal Court of Appeal, [2003] 1 F.C. 602, 2002 FCA 473.

12 Létourneau J.A., with whom Linden J.A. concurred, noted the quasi-constitutional status of the *Canadian Human Rights Act* and the fully constitutional status of parliamentary privilege. In his view, however, the parliamentary privilege claimed by the appellants did not exist.

13 He defined such privilege as "the powers of the House necessary to ensure its proper functioning and maintain its dignity and integrity" (para. 34). Létourneau J.A. stated that both the existence and the exercise of any power asserted by the legislature must be shown to be necessary.

> The Courts' review function, in cases like the present where a parliamentary privilege is claimed, I believe, involves two steps: the first one to determine that the powers claimed need to exist and the second, when satisfied as to the necessity of their existence, to determine that their exercise was necessary to ensure the proper functioning of the House and maintain its dignity and integrity. [Emphasis added; para. 36.]

14 In the majority view, an allegation of discrimination contrary to the *Charter* or the *Canadian Human Rights Act* was not immunized by parliamentary privilege because such discriminatory conduct, if proven, would actually diminish the integrity and

travail. Il reprochait enfin à la Chambre des communes d'avoir refusé de continuer à l'employer.

II. Historique judiciaire

En réponse aux plaintes de M. Vaid, les appelants ont prétendu que le Tribunal canadien des droits de la personne n'avait pas compétence pour examiner leur conduite. Le Tribunal a instruit l'affaire et a tranché en faveur de M. Vaid et de la Commission dans une décision majoritaire datée du 25 avril 2001 ((2001), 40 C.H.R.R. D/229). Les appelants ont par la suite demandé le contrôle judiciaire de cette décision. Leur demande a été rejetée par la Section de première instance de la Cour fédérale, [2002] 2 C.F. 583, 2001 CFPI 1332, dont la décision à été confirmée à l'unanimité par la Cour d'appel fédérale, [2003] 1 C.F. 602, 2002 CAF 473.

Le juge Létourneau, aux motifs duquel a souscrit le juge Linden, a souligné le statut quasi constitutionnel de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et le statut pleinement constitutionnel du privilège parlementaire. Il a toutefois conclu que le privilège parlementaire revendiqué par les appelants n'existait pas.

Le juge Létourneau a défini le privilège parlementaire comme se rapportant aux « pouvoirs de la Chambre qui sont nécessaires à son bon fonctionnement et au maintien de sa dignité et de son intégrité » (par. 34). Il a affirmé que la nécessité à la fois de l'existence et de l'exercice du pouvoir revendiqué par l'organisme législatif devait être démontrée.

> La fonction d'examen de la Cour, dans des cas comme celui qui nous occupe où un privilège parlementaire est revendiqué, comporte à mon avis deux étapes : il s'agit en premier lieu de déterminer si les pouvoirs revendiqués doivent exister et, en second lieu, lorsque la nécessité de leur existence est établie, de déterminer si leur exercice est nécessaire au bon fonctionnement de la Chambre et au maintien de la dignité et de l'intégrité de la Chambre. [Je souligne; par. 36.]

Selon l'opinion majoritaire, le privilège parlementaire ne pouvait être invoqué à l'égard d'un acte discriminatoire interdit par la *Charte* ou par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* parce que la conduite en cause, si elle était établie,

dignity of the House, without improving its ability to fulfill its constitutional mandate. The enactment by Parliament of PESRA would, in any event, prevent privilege from applying.

On the administrative law point, Létourneau J.A. held that a clear legislative enactment is required to exempt an employer from the application of human rights obligations. In his view, PESRA is not such a clear legislative enactment. Consequently, parliamentary employees are entitled to invoke the assistance of the Canadian Human Rights Commission.

Rothstein J.A., concurring in the result, disagreed that the courts could review each *exercise* of a claimed privilege. "[I]t is the particular exercise of a valid privilege that is immune from the Court's scrutiny. However, what constitutes the scope of a valid privilege is a preliminary jurisdictional question" (para. 76). The appellants claimed that the right of the House of Commons to appoint and control its staff was immunized from any external review, but Rothstein J.A. concluded that no evidence or argument had been "put forward as to why a right to discriminate, contrary to the provisions of the CHRA" met the necessity test (para. 81). Accordingly, "parliamentary privilege does not displace application of the CHRA to employees of Parliament" (para. 84).

On the administrative law point, Rothstein J.A. noted that s. 2 of PESRA displaces other tribunals that might otherwise have concurrent jurisdiction. However, he was of the view that PESRA does not provide the comprehensive rights regarding human rights complaints that the *Canadian Human Rights Act* does, and as a result, the two statutes do not provide for "matters similar". As a matter of statutory interpretation, therefore, PESRA would not exclude application of the *Canadian Human Rights Act.*

porterait en fait atteinte à l'intégrité et à la dignité de la Chambre, sans améliorer sa capacité de remplir son mandat constitutionnel. De toute façon, le privilège ne s'appliquerait pas, compte tenu de l'adoption de la LRTP par le Parlement.

15 Pour ce qui est de l'argument relevant du droit administratif, le juge Létourneau a conclu que seul un texte législatif clair peut dégager un employeur de ses obligations en matière de droits de la personne. À son avis, la LRTP ne respecte pas ce critère. Par conséquent, les employés du Parlement ont le droit de s'adresser à la Commission canadienne des droits de la personne pour qu'elle intervienne.

16 Le juge Rothstein, souscrivant au résultat, n'était pas d'accord pour dire que les tribunaux pouvaient contrôler *l'exercice* particulier d'un privilège. « [C]'est l'exercice particulier d'un privilège valide qui est soustrait à l'examen du tribunal. Cependant, le champ lui-même d'un privilège valide constitue une question préjudicielle de compétence » (par. 76). Les appelants ont prétendu que le droit de la Chambre des communes de nommer et de gérer son personnel était à l'abri de tout examen externe, mais le juge Rothstein a conclu qu'aucune preuve ni aucune argumentation n'avaient « été avancées pour expliquer en quoi le droit d'exercer une discrimination, au mépris des dispositions de la LCDP », satisfaisait au critère de nécessité (par. 81). Par conséquent, « le privilège parlementaire ne supplante pas l'application de la LCDP aux employés du Parlement » (par. 84).

17 Pour ce qui est de l'argument fondé sur le droit administratif, le juge Rothstein a souligné que l'art. 2 de la LRTP exclut les autres tribunaux administratifs qui pourraient par ailleurs avoir compétence concurrente. Toutefois, il s'est dit d'avis qu'en matière de plaintes pour atteinte aux droits de la personne, la LRTP ne confère pas des droits aussi étendus que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et que, par conséquent, les deux lois ne visent pas des « questions semblables ». Ainsi, selon les règles d'interprétation législative, la LRTP n'aurait pas pour effet d'écarter l'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne.*

18 In the result, Rothstein J.A. agreed with the majority that neither parliamentary privilege nor PESRA precluded the application of the *Canadian Human Rights Act* to employees of either Chamber.

III. Constitutional Question

19 On December 2, 2003, the Chief Justice stated the following constitutional question:

> Is the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, constitutionally inapplicable as a consequence of parliamentary privilege to the House of Commons and its members with respect to parliamentary employment matters?

IV. Analysis

20 It is a wise principle that the courts and Parliament strive to respect each other's role in the conduct of public affairs. Parliament, for its part, refrains from commenting on matters before the courts under the *sub judice* rule. The courts, for their part, are careful not to interfere with the workings of Parliament. None of the parties to this proceeding questions the pre-eminent importance of the House of Commons as "the grand inquest of the nation". Nor is doubt thrown by any party on the need for its legislative activities to proceed unimpeded by any external body or institution, including the courts. It would be intolerable, for example, if a member of the House of Commons who was overlooked by the Speaker at question period could invoke the investigatory powers of the Canadian Human Rights Commission with a complaint that the Speaker's choice of another member of the House discriminated on some ground prohibited by the *Canadian Human Rights Act*, or to seek a ruling from the ordinary courts that the Speaker's choice violated the member's guarantee of free speech under the *Charter*. These are truly matters "internal to the House" to be resolved by its own procedures. Quite apart from the potential interference by outsiders in the direction of the House, such external intervention would inevitably create delays, disruption, uncertainties and costs which would hold up the nation's business and on that account would

En définitive, le juge Rothstein a convenu avec la majorité que ni le privilège parlementaire ni la LRTP n'empêchaient l'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* aux employés de l'une ou l'autre des Chambres.

III. La question constitutionnelle

Le 2 décembre 2003, la Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante :

> La *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, est-elle, du fait d'un privilège parlementaire, constitutionnellement inapplicable à la Chambre des communes et à ses membres en ce qui a trait aux relations de travail au Parlement?

IV. Analyse

C'est suivant un principe d'une grande sagesse que les tribunaux et le Parlement s'efforcent de respecter leurs rôles respectifs dans la conduite des affaires publiques. Le Parlement s'abstient de commenter les affaires dont les tribunaux sont saisis conformément à la règle du *sub judice*. Les tribunaux, quant à eux, prennent soin de ne pas s'immiscer dans le fonctionnement du Parlement. Aucune des parties au présent pourvoi ne remet en question l'importance prépondérante de la Chambre des communes en tant que « grand enquêteur de la nation ». Aucune ne doute non plus de la nécessité que la Chambre des communes puisse exercer ses activités législatives libre de toute ingérence de la part d'organismes ou d'institutions externes, y compris les tribunaux. Il serait inacceptable, par exemple, qu'un membre de la Chambre des communes à qui le président n'aurait pas accordé la parole pendant la période des questions puisse se prévaloir des pouvoirs d'enquête de la Commission canadienne des droits de la personne pour se plaindre que le choix du président de la Chambre de permettre à un autre de ses membres de s'exprimer constitue un acte discriminatoire fondé sur l'un des motifs illicites énumérés dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, ou encore qu'il puisse demander aux tribunaux ordinaires de déclarer que la décision du président est contraire à la *Charte* parce qu'elle a porté atteinte à sa liberté d'expression. Il s'agit là de véritables questions

be unacceptable even if, in the end, the Speaker's rulings were vindicated as entirely proper.

« internes relevant de la Chambre » que celle-ci doit régler suivant sa propre procédure. Indépendamment de la possibilité d'ingérence externe dans les affaires de la Chambre, une telle intervention de l'extérieur créerait inévitablement des délais, des perturbations et des incertitudes, et elle entraînerait des frais, paralysant les affaires de la nation. Pour cette seule raison, elle serait inacceptable même si, en définitive, les décisions du président de la Chambre étaient jugées appropriées et validées.

Parliamentary privilege, therefore, is one of the ways in which the fundamental constitutional separation of powers is respected. In Canada, the principle has its roots in the preamble to our *Constitution Act, 1867* which calls for "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom". Each of the branches of the State is vouchsafed a measure of autonomy from the others. Parliamentary privilege was partially codified in art. 9 of the U.K. *Bill of Rights* of 1689, 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2, but the freedom of speech to which it refers was asserted at least as early as 1523 (*Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (23rd ed. 2004), at p. 80). Parliamentary privilege is a principle common to all countries based on the Westminster system, and has a loose counterpart in the Speech or Debate Clause of the United States Constitution, art. 1, § 6, cl. 1. 21

Le privilège parlementaire constitue donc l'un des moyens qui permettent d'assurer le respect du principe fondamental de la séparation constitutionnelle des pouvoirs. Au Canada, ce principe émane du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui témoigne du désir des provinces d'établir « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». Chacun des pouvoirs de l'État se voit garantir une certaine autonomie par rapport aux autres. Le principe du privilège parlementaire a été en partie codifié à l'art. 9 du *Bill of Rights* de 1689 du Royaume-Uni, 1 Will & Mar. sess. 2, ch. 2, mais le droit à la liberté de parole auquel il renvoie existe depuis au moins 1523 (*Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (23e éd. 2004), p. 80). Le privilège parlementaire est un principe commun à tous les pays dont le régime parlementaire s'inspire du système britannique et la disposition relative à la liberté de discours ou de débat qui figure dans la Constitution américaine (art. 1, § 6, cl. 1) lui fait écho dans une certaine mesure.

The respondent Vaid does not quarrel either with the existence or the importance of parliamentary privilege. His argument is that the Speaker's attempt to treat his dismissal from his job as chauffeur as an expression of such lofty doctrine is to overreach, if not trivialize, its true role and function. Even if the employment arrangements of some employees closely connected to the legislative process are covered by privilege, the respondents argue that the Speaker goes too far in attempting to throw the mantle of this ancient doctrine over the dealings of the House with such support staff as chauffeurs, picture framers, locksmiths, car park administrators, catering staff and others who 22

L'intimé, M. Vaid, ne conteste ni l'existence ni l'importance du privilège parlementaire. Il fait plutôt valoir qu'en tentant d'associer son congédiement en qualité de chauffeur à l'application d'un principe aussi noble, le président de la Chambre pousse à outrance, voire banalise la fonction et le rôle véritables de ce principe. Les intimés soutiennent que, même si les conditions d'emploi de certains employés étroitement liés au processus législatif sont visées par le privilège, le président de la Chambre va trop loin en tentant d'appliquer cette doctrine ancienne aux rapports de la Chambre avec ses employés de soutien tels les chauffeurs, les encadreurs de tableaux, les serruriers, les

play comparable supporting roles on Parliament Hill.

23 Over the years, the assertion of parliamentary privilege has varied in its scope and extent. In the leading English case of *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112 (Q.B.), the court was advised that "[t]he most trifling civil injuries to members [of Parliament], even trespasses committed upon their servants, though on occasions unconnected with the discharge of any Parliamentary duty, have been repeatedly the subject of enquiry [by either Chamber of Parliament] under the head of privilege" (pp. 1116-17), including "[k]illing Lord Galway's rabbits" and "[f]ishing in Mr. Joliffe's pond" (p. 1117). The court in *Stockdale v. Hansard* commented on this evidence that privilege "did not and could not extend to such a case" (p. 1156). On the other hand, a leading Canadian authority, *Beauchesne's Rules & Forms of the House of Commons of Canada* (6th ed. 1989), records at pp. 11-12 a ruling of the Speaker of the Canadian House of Commons on April 29, 1971 asserting a much narrower concept of privilege, as follows:

> On a number of occasions I have defined what I consider to be parliamentary privilege. Privilege is what sets hon. members apart from other citizens giving them rights which the public do not possess. I suggest we should be careful in construing any particular circumstance which might add to the privileges which have been recognized over the years and perhaps over the centuries as belonging to members of the House of Commons. In my view, parliamentary privilege does not go much beyond the right of free speech in the House of Commons and the right of a member to discharge his duties in the House as a member of the House of Commons. [Emphasis added.]
>
> (*House of Commons Debates*, vol. V, 3rd Sess., 28th Parl., April 29, 1971, at p. 5338)

24 It is evident that there have been variations in the extent of privilege asserted by Parliament over the years, as well as a difference on occasion between

gestionnaires de parcs de stationnement, le personnel de la restauration et d'autres employés de la Colline du Parlement jouant un rôle comparable.

L'étendue et la portée du privilège parlementaire revendiqué ont varié au fil des ans. Dans l'arrêt de principe anglais *Stockdale c. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112 (B.R.), on a plaidé que [TRADUCTION] « [l]es préjudices civils les plus dérisoires causés aux membres [du Parlement], y compris les atteintes à la personne de leurs employés, même dans un contexte sans aucun lien avec l'exercice des fonctions parlementaires, ont en maintes occasions fait l'objet d'enquêtes [de l'une ou l'autre des Chambres du Parlement] sur le fondement du privilège parlementaire » (p. 1116-1117), notamment lorsque [TRADUCTION] « [l]es lapins de lord Galway ont été tués » et « [d]es poissons capturés dans l'étang de M. Joliffe » (p. 1117). La cour a répondu dans *Stockdale c. Hansard* que le privilège [TRADUCTION] « ne s'appliquait pas et ne pouvait pas s'appliquer à ce type de situation » (p. 1156). Par ailleurs, dans la *Jurisprudence parlementaire de Beauchesne* (6e éd. 1989), qui fait autorité en la matière au Canada, l'auteur reproduit aux p. 11-12 une déclaration du président de la Chambre des communes du Canada, datée du 29 avril 1971, qui exprime une conception beaucoup plus étroite de la notion de privilège :

> À maintes reprises, j'ai défini ma conception du privilège parlementaire. Le privilège est la disposition qui distingue les députés d'autres citoyens, leur conférant des droits dont ne jouissent pas les autres. À mon avis, nous devrions exercer une grande prudence lorsque nous tendons, dans des circonstances données, à ajouter des privilèges à ceux qui sont reconnus depuis des années, des siècles peut-être, comme propres aux députés. À mon avis, le privilège parlementaire ne va pas beaucoup au-delà du droit de libre parole à la Chambre et du droit d'un député de s'acquitter de ses fonctions à la Chambre en tant que représentant aux Communes. [Je souligne.]
>
> (*Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 3e sess., 28e lég., 29 avril 1971, p. 5338)

L'étendue du privilège revendiqué par le Parlement a manifestement varié avec le temps et on a pu constater, à l'occasion, un écart entre l'étendue du

the scope of a privilege asserted by Parliamentarians and the scope of a privilege the courts have recognized as justified (as in *Stockdale v. Hansard*). In resolving such conflicts it is important that both Parliament and the courts respect "the legitimate sphere of activity of the other":

> Our democratic government consists of several branches: the Crown, as represented by the Governor General and the provincial counterparts of that office; the legislative body; the executive; and the courts. It is fundamental to the working of government as a whole that all these parts play their proper role. It is equally fundamental that no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other.
>
> (*New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, *per* McLachlin J., at p. 389)

To this, I would add the observation of Dickson C.J. in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at p. 91:

> There is an array of issues which calls for the exercise of judicial judgment on whether the questions are properly cognizable by the courts. Ultimately, such judgment depends on the appreciation by the judiciary of its own position in the constitutional scheme.

At the same time, relations between Parliament and its employees are clearly matters within the legislative authority of Parliament. The statutory language of the *Canadian Human Rights Act*, on its face, is broad enough to cover labour relations on Parliament Hill. There is much to be said for the respondents' view that Parliament should not be thought to intend to exempt its employees from access to human rights guarantees which Parliament itself has declared applicable to all "matters coming within the legislative authority of Parliament" (*Canadian Human Rights Act*, s. 2).

At this stage, a further constitutional point arises. The appellants say it is a well-established principle

privilège reconnu par les tribunaux et celle du privilège revendiqué par les parlementaires (comme ce fut le cas dans *Stockdale c. Hansard*). Pour résoudre de tels conflits, il importe que le Parlement et le pouvoir judiciaire respectent chacun « le domaine légitime de compétence de l'autre » :

> Notre gouvernement démocratique comporte plusieurs branches : la Couronne représentée par le gouverneur général et ses homologues provinciaux, l'organisme législatif, l'exécutif et les tribunaux. Pour assurer le fonctionnement de l'ensemble du gouvernement, il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu'aucune de ces branches n'outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre.
>
> (*New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, la juge McLachlin, p. 389)

À cela, j'ajouterais la remarque suivante exprimée par le juge en chef Dickson dans *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, p. 91 :

> Il existe tout un éventail de questions litigieuses exigeant l'exercice d'un jugement judiciaire pour déterminer si elles relèvent à bon droit de la compétence des tribunaux. Finalement, un tel jugement dépend de l'appréciation par le judiciaire de sa propre position dans le système constitutionnel.

25 Or, il est clair que les relations entre le Parlement et ses employés relèvent du champ de compétence du Parlement du Canada. Le libellé de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est suffisamment large, à sa simple lecture, pour englober les relations de travail sur la Colline du Parlement. Beaucoup d'arguments militent en faveur de la prétention des intimés qu'il ne faut pas croire que le Parlement entend priver ses employés des garanties existantes en matière de droits de la personne, alors qu'il les a lui-même déclarées applicables « dans le champ de compétence du Parlement du Canada » (*Loi canadienne sur les droits de la personne*, art. 2).

26 À ce stade, une autre question se pose sur le plan constitutionnel. Les appelants affirment qu'il

that an express provision of a statute is necessary to abrogate a privilege of Parliament or its members (*Duke of Newcastle v. Morris* (1870), L.R. 4 H.L. 661). The respondents reply that human rights law is to be broadly interpreted, and that short of "[the] legislature speaking to the contrary in express and unequivocal language in the Code or in some other enactment, it is intended that the Code supersede all other laws when conflict arises", *per* Lamer J. in *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at p. 158; see also *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at p. 339. In my view, for the reasons to be explained, the *Canadian Human Rights Act* does apply to the employees of the Senate and House of Commons of Canada.

27 In order to resolve the issues raised by this appeal, it is first necessary to discuss whether or not the privilege asserted by the appellants is well founded, and if so, whether it precludes resort by the respondent Vaid to independent adjudication.

A. *General Principles of Parliamentary Privilege*

28 The contours of parliamentary privilege, and the relationship between Parliament and the courts relative to its exercise, have been dealt with by this Court in a number of cases, most recently in connection with the "inherent" privileges of provincial legislative assemblies in *New Brunswick Broadcasting* and *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876.

29 While there are some significant differences between privilege at the federal level, for which specific provision is made in s. 18 of the *Constitution Act, 1867*, and privilege at the provincial level, which has a different constitutional underpinning, many of the relevant issues concerning privilege were resolved in *New Brunswick Broadcasting* and earlier cases, and there is no need to repeat the analysis

est bien établi que seule une disposition législative expresse peut abroger un privilège du Parlement ou de ses membres (*Duke of Newcastle c. Morris* (1870), L.R. 4 H.L. 661). Les intimés répliquent que les lois en matière de droits de la personne doivent recevoir une interprétation libérale et qu'à moins que « [le] législateur ne se soit exprimé autrement en termes clairs et exprès dans le Code ou dans toute autre loi, il a voulu que le Code ait préséance sur toutes les autres lois lorsqu'il y a conflit », le juge Lamer dans *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, p. 158; voir *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, p. 339. À mon avis, pour les motifs que j'exposerai plus loin, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'applique aux employés du Sénat et de la Chambre des communes du Canada.

Pour statuer sur les questions soulevées dans le présent pourvoi, il faut d'abord déterminer si le privilège revendiqué par les appelants est bien fondé et, dans l'affirmative, s'il empêche l'intimé, M. Vaid, de soumettre son cas à une instance juridictionnelle indépendante.

A. *Principes généraux applicables au privilège parlementaire*

Notre Cour s'est prononcée à plusieurs reprises sur les limites du privilège parlementaire et sur le rapport entre le Parlement et les tribunaux en ce qui a trait à son exercice, notamment, relativement aux privilèges « inhérents » des assemblées législatives provinciales, dans les arrêts récents *New Brunswick Broadcasting* et *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876.

Malgré des différences notables entre le privilège dont jouit le Parlement fédéral, expressément prévu à l'art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et celui que possèdent les assemblées législatives provinciales, dont le fondement constitutionnel est différent, beaucoup de questions pertinentes en matière de privilège ont été résolues dans *New Brunswick Broadcasting* et d'autres arrêts antérieurs. Il n'est

here. For present purposes, it is sufficient to state a number of propositions that are now accepted both by the courts and by the parliamentary experts.

1. Legislative bodies created by the *Constitution Act, 1867* do not constitute enclaves shielded from the ordinary law of the land. "The tradition of curial deference does not extend to everything a legislative assembly might do, but is firmly attached to certain specific activities of legislative assemblies, i.e., the so-called privileges of such bodies" (*New Brunswick Broadcasting*, at pp. 370-71). Privilege "does not embrace and protect activities of *individuals*, whether members or non-members, simply because they take place within the precincts of Parliament" (U.K., Joint Committee on Parliamentary Privilege, vol. 1, *Report and Proceedings of the Committee* (1999) ("British Joint Committee Report"), at para. 242 (emphasis in original)).

2. Parliamentary privilege in the Canadian context is the sum of the privileges, immunities and powers enjoyed by the Senate, the House of Commons and provincial legislative assemblies, and by each member individually, without which they could not discharge their functions (*Beauchesne's Rules & Forms*, at p. 11; *Erskine May*, at p. 75; *New Brunswick Broadcasting*, at p. 380).

3. Parliamentary privilege does not create a gap in the general public law of Canada but is an important part of it, inherited from the Parliament at Westminster by virtue of the preamble to the *Constitution Act, 1867* and in the case of the Canadian Parliament, through s. 18 of the same Act (*New Brunswick Broadcasting*, at pp. 374-78; *Telezone Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161 (C.A.), at p. 165; and *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [2004] 1 F.C.R. 556, 2003 FC 975).

donc pas nécessaire d'en reprendre ici l'analyse. Il suffira, pour trancher le présent pourvoi, d'énoncer un certain nombre de propositions maintenant acceptées tant par les tribunaux que par les spécialistes du domaine parlementaire.

1. Les organismes législatifs créés par la *Loi constitutionnelle de 1867* ne constituent pas des enclaves à l'abri de l'application du droit commun du pays. « La tradition de retenue judiciaire ne s'applique pas à tous les actes susceptibles d'être accomplis par une assemblée législative, mais se rattache fermement à certaines de ses activités spécifiques, c'est-à-dire à ce qu'on appelle les privilèges de ces organismes » (*New Brunswick Broadcasting*, p. 371). Le privilège [TRADUCTION] « n'englobe pas ni ne protège les activités des *individus*, qu'ils soient ou non membres de la Chambre, du seul fait qu'elles sont exercées dans l'enceinte parlementaire » (R.-U., Joint Committee on Parliamentary Privilege, *Report and Proceedings of the Committee* (1999) (« rapport du comité mixte britannique »), par. 242 (en italique dans l'original)).

2. Dans le contexte canadien, le privilège parlementaire est la somme des privilèges, immunités et pouvoirs dont jouissent le Sénat, la Chambre des communes et les assemblées législatives provinciales ainsi que les membres de chaque Chambre individuellement, sans lesquels ils ne pourraient s'acquitter de leurs fonctions (*Jurisprudence parlementaire de Beauchesne*, p. 11; *Erskine May*, p. 75; *New Brunswick Broadcasting*, p. 380).

3. Le privilège parlementaire ne crée pas un hiatus dans le droit public général du Canada; il en est plutôt une composante importante, héritée du Parlement du Royaume-Uni en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, dans le cas du Parlement du Canada, en vertu de l'art. 18 de cette même loi (*New Brunswick Broadcasting*, p. 374-378; *Telezone Inc. c. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161 (C.A.), p. 165; et *Nation et bande indienne de Samson c. Canada*, [2004] 1 R.C.F. 556, 2003 CF 975).

4. Parliamentary privilege includes

> the necessary immunity that the law provides for Members of Parliament, and for Members of the legislatures of each of the ten provinces . . . in order for these legislators to do their legislative work. [Emphasis added.]

(J. P. J. Maingot, *Parliamentary Privilege in Canada* (2nd ed. 1997), at p. 12; *New Brunswick Broadcasting*, at p. 341; see *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600 (P.C.), at pp. 610-11; *Kielley v. Carson* (1842), 4 Moo. P.C. 63, 13 E.R. 225, at pp. 235-36.) The idea of necessity is thus linked to the autonomy required by legislative assemblies and their members to do their job.

5. The historical foundation of every privilege of Parliament is necessity. If a sphere of the legislative body's activity could be left to be dealt with under the ordinary law of the land without interfering with the assembly's ability to fulfill its constitutional functions, then immunity would be unnecessary and the claimed privilege would not exist (*Beauchesne's Rules & Forms*, at p. 11; Maingot, at p. 12; *Erskine May*, at p. 75; *Stockdale v. Hansard*, at p. 1169; *New Brunswick Broadcasting*, at pp. 343 and 382).

6. When the existence of a category (or sphere of activity) for which inherent privilege is claimed (at least at the provincial level) is put in issue, the court must not only look at the historical roots of the claim but also to determine whether the category of inherent privilege continues to be necessary to the functioning of the legislative body today. Parliamentary history, while highly relevant, is not conclusive:

> The fact that this privilege has been upheld for many centuries, abroad and in Canada, is some evidence that it is generally regarded as essential to the proper functioning of a legislature patterned on the British model. However, it behooves us to ask anew: in the Canadian context of 1992, is the right to exclude strangers necessary to

4. Le privilège parlementaire est

> l'indispensable immunité que le droit accorde aux membres du Parlement et aux députés des dix provinces [. . .] pour leur permettre d'effectuer leur travail législatif. [Je souligne.]

(J. P. J. Maingot, *Le privilège parlementaire au Canada* (2e éd. 1997), p. 12; *New Brunswick Broadcasting*, p. 341; voir *Fielding c. Thomas*, [1896] A.C. 600 (C.P.), p. 610-611; *Kielley c. Carson* (1842), 4 Moo. P.C. 63, 13 E.R. 225, p. 235-36.) La notion de nécessité est donc liée à l'autonomie dont doivent bénéficier les assemblées législatives et leurs membres pour effectuer leur travail.

5. Le fondement historique de tout privilège parlementaire est la nécessité. Si une sphère d'activité de l'organe législatif pouvait relever du régime de droit commun du pays sans que cela nuise à la capacité de l'assemblée de s'acquitter de ses fonctions constitutionnelles, l'immunité ne serait pas nécessaire et le privilège revendiqué inexistant : *Jurisprudence parlementaire de Beauchesne*, p. 11; Maingot, p. 12; *Erskine May*, p. 75; *Stockdale c. Hansard*, p. 1169; *New Brunswick Broadcasting*, p. 343 et 382.

6. Quand l'existence d'une catégorie (ou d'une sphère d'activité) à l'égard de laquelle un privilège inhérent est revendiqué (du moins à l'échelon provincial) est contestée, le tribunal ne doit pas seulement prendre en compte les origines historiques de la revendication, mais aussi déterminer si la catégorie de privilège inhérent demeure, encore aujourd'hui, nécessaire au bon fonctionnement de l'organe législatif. L'histoire parlementaire, bien que fort pertinente, n'est pas un facteur déterminant :

> Le fait que ce privilège ait été maintenu pendant plusieurs siècles, tant à l'étranger qu'au Canada, est une preuve qu'il est généralement considéré comme essentiel au bon fonctionnement d'une législature inspirée du modèle britannique. Toutefois, il faut de nouveau nous poser la question suivante : dans le contexte canadien de 1992, le droit

the functioning of our legislative bodies? [Emphasis added.]

(*New Brunswick Broadcasting*, *per* McLachlin J., at p. 387)

7. "Necessity" in this context is to be read broadly. The time-honoured test, derived from the law and custom of Parliament at Westminster, is what "the dignity and efficiency of the House" require:

> If a matter falls within this necessary sphere of matters without which the dignity and efficiency of the House cannot be upheld, courts will not inquire into questions concerning such privilege. All such questions will instead fall to the exclusive jurisdiction of the legislative body. [Emphasis added.]

(*New Brunswick Broadcasting*, at p. 383)

(In my view, the references to "dignity" and "efficiency" are also linked to autonomy. A legislative assembly without control over its own procedure would, said Lord Ellenborough C.J. almost two centuries ago, "sink into utter contempt and inefficiency" (*Burdett v. Abbot* (1811), 14 East 1, 104 E.R. 501, at p. 559). "Inefficiency" would result from the delay and uncertainty would inevitably accompany external intervention. Autonomy is therefore not conferred on Parliamentarians merely as a sign of respect but because such autonomy from outsiders is necessary to enable Parliament and its members to get their job done.)

8. Proof of necessity may rest in part in "shewing that it has been long exercised and acquiesced in" (*Stockdale v. Hansard*, at p. 1189). The party who seeks to rely on the immunity provided by parliamentary privilege has the onus of establishing its existence.

d'exclure des étrangers est-il nécessaire au bon fonctionnement de nos organismes législatifs? [Je souligne.]

(*New Brunswick Broadcasting*, la juge McLachlin, p. 387)

7. Dans ce contexte, le concept de « nécessité » doit être interprété largement. Suivant le critère traditionnel, qui tire son origine de la loi et de la coutume du Parlement de Westminster, il s'agit de déterminer ce que requièrent « la dignité et l'efficacité de l'Assemblée » :

> Si une question relève de cette catégorie nécessaire de sujets sans lesquels la dignité et l'efficacité de l'Assemblée ne sauraient être maintenues, les tribunaux n'examineront pas les questions relatives à ce privilège. Toutes ces questions relèveraient plutôt de la compétence exclusive de l'organisme législatif. [Je souligne.]

(*New Brunswick Broadcasting*, p. 383)

(À mon avis, les mentions relatives à la « dignité » et à l'« efficacité » se rapportent également à l'autonomie du Parlement. Pour reprendre les termes utilisés par le lord juge en chef Ellenborough il y a près de deux siècles, une assemblée législative qui n'aurait pas le pouvoir de contrôler sa procédure [TRADUCTION] « sombrerait dans l'inefficacité et le mépris absolus » (*Burdett c. Abbot* (1811), 14 East 1, 104 E.R. 501, p. 559). Les délais engendreraient l'« inefficacité » et une intervention externe causerait inévitablement de l'incertitude. L'autonomie des parlementaires ne leur a donc pas été conférée comme une simple marque de respect, mais parce que la protection contre toute ingérence externe est nécessaire pour que le Parlement et ses membres accomplissent leur travail.)

8. Pour satisfaire au critère de nécessité, il faut notamment [TRADUCTION] « démontrer [que le privilège] est depuis longtemps exercé et reconnu » (*Stockdale c. Hansard*, p. 1189). La partie qui invoque l'immunité que confère le privilège parlementaire a le fardeau d'en établir l'existence.

. . . The onus of shewing that it is so lies upon the defendants; for it is certainly primâ facie contrary to the common law. [*Ibid.*, at p. 1189]

The burthen of proof is on those who assert it; and, for the purposes of this cause, the proof must go to the whole of the proposition . . . . [*Ibid.*, at p. 1201]

9. Proof of necessity is required only to establish the existence and scope of a *category* of privilege. Once the category (or sphere of activity) is established, it is for Parliament, not the courts, to determine whether in a particular case the *exercise* of the privilege is necessary or appropriate. In other words, within categories of privilege, Parliament is the judge of the occasion and manner of its exercise and such exercise is not reviewable by the courts: "Each specific instance of the exercise of a privilege need not be shown to be necessary" (*New Brunswick Broadcasting*, at p. 343 (emphasis added)).

See also *Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 54 O.R. (3d) 595 (C.A.); *Samson Indian Nation and Band*, at para. 13; *Martin v. Ontario*, [2004] O.J. No. 2247 (QL) (S.C.J.), at para. 13; *R. v. Richards; Ex parte Fitzpatrick and Browne* (1955), 92 C.L.R. 157 (Austl. H.C.), at p. 162; *Egan v. Willis* (1998), 158 A.L.R. 527 (H.C.); and *Huata v. Prebble*, [2004] 3 NZLR 359, [2004] NZCA 147.

10. "Categories" include freedom of speech (*Stopforth v. Goyer* (1979), 23 O.R. (2d) 696 (C.A.), at p. 700; *Re Clark and Attorney-General of Canada* (1977), 17 O.R. (2d) 593 (H.C.); U.K. *Bill of Rights* of 1689, art. 9; *Prebble v. Television New Zealand Ltd.*, [1995] 1 A.C. 321 (P.C.); *Hamilton v. Al Fayed*, [2000] 2 All E.R. 224 (H.L.)); control by the Houses of Parliament over "debates or proceedings in Parliament" (as guaranteed by the *Bill of Rights* of 1689) including day-to-day procedure in the House, for example the practice of the Ontario legislature to start the day's

[TRADUCTION] . . . Les défendeurs ont la charge d'établir qu'il en est ainsi, parce qu'il y a assurément à première vue contradiction avec la common law. [*Ibid.*, p. 1189]

Le fardeau de la preuve incombe à la partie qui revendique [le privilège] et tous les éléments de l'allégation doivent être étayés par la preuve . . . [*Ibid.*, p. 1201]

9. C'est uniquement pour établir l'existence et l'étendue d'une *catégorie* de privilège qu'il faut démontrer la nécessité. Une fois la catégorie (ou la sphère d'activité) établie, c'est au Parlement, et non aux tribunaux, qu'il revient de déterminer si l'*exercice* de ce privilège est nécessaire ou approprié dans un cas particulier. En d'autres termes, à l'intérieur d'une catégorie de privilège, le Parlement est seul juge de l'opportunité et des modalités de son exercice, qui échappe à tout contrôle judiciaire : « Il n'est pas nécessaire de démontrer que chaque cas précis d'exercice d'un privilège est nécessaire » (*New Brunswick Broadcasting*, p. 343 (je souligne)).

Voir également *Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) c. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 54 O.R. (3d) 595 (C.A.); *Nation et bande indienne de Samson*, par. 13; *Martin c. Ontario*, [2004] O.J. No. 2247 (QL) (C.S.J.), par. 13; *R. c. Richards; Ex parte Fitzpatrick and Browne* (1955), 92 C.L.R. 157 (H.C. Aust.), p. 162; *Egan c. Willis* (1998), 158 A.L.R. 527 (H.C.); et *Huata c. Prebble*, [2004] 3 NZLR 359, [2004] NZCA 147.

10. Les « catégories » sont notamment la liberté de parole (*Stopforth c. Goyer* (1979), 23 O.R. (2d) 696 (C.A.), p. 700; *Re Clark and Attorney-General of Canada* (1977), 17 O.R. (2d) 593 (H.C.); *Bill of Rights* de 1689 du Royaume-Uni, art. 9; *Prebble c. Television New Zealand Ltd.*, [1995] 1 A.C. 321 (C.P.); *Hamilton c. Al Fayed*, [2000] 2 All E.R. 224 (H.L.)); le contrôle qu'exercent les Chambres du Parlement sur les [TRADUCTION] « débats ou travaux du Parlement » (garanti par le *Bill of Rights* de 1689), y compris la procédure quotidienne de la Chambre, comme la pratique de la

sitting with the Lord's Prayer (*Ontario (Speaker of the Legislative Assembly)*, at para. 23); the power to exclude strangers from proceedings (*New Brunswick Broadcasting*; *Zündel v. Boudria* (1999), 46 O.R. (3d) 410 (C.A.), at para. 16; *R. v. Behrens*, [2004] O.J. No. 5135 (QL), 2004 ONCJ 327); disciplinary authority over members (*Harvey*; see also *Tafler v. British Columbia (Commissioner of Conflict of Interest)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 511 (B.C.C.A.), at paras. 15-18; *Morin v. Crawford* (1999), 29 C.P.C. (4th) 362 (N.W.T.S.C.)); and non-members who interfere with the discharge of parliamentary duties (*Payson v. Hubert* (1904), 34 S.C.R. 400, at p. 413; *Behrens*), including immunity of members from subpoenas during a parliamentary session (*Telezone*; *Ainsworth Lumber Co. v. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 93, 2003 BCCA 239; *Samson Indian Nation and Band*). Such general categories have historically been considered to be justified by the exigencies of parliamentary work.

11. The role of the courts is to ensure that a claim of privilege does not immunize from the ordinary law the consequences of conduct by Parliament or its officers and employees that exceeds the necessary scope of the category of privilege (*Re Ouellet (No. 1)* (1976), 67 D.L.R. (3d) 73 (Que. Sup. Ct.), at p. 87). Thus in 1839, almost three decades before Confederation in Canada, the English courts rejected the authority of a formal resolution of the House of Commons that the court believed overstated the true limits of the privilege claimed (*Stockdale v. Hansard*, at p. 1156, *per* Denman C.J.; p. 1177, *per* Littledale J.; p. 1192, *per* Patteson J.; p. 1194, *per* Coleridge J.). The jurisdiction of the courts in adjudicating claims of privilege has since been accepted by authorities on British parliamentary practice (see *Erskine May*, at pp. 185-86). The same division of jurisdiction between the courts and the House was accepted by this Court in *Landers v. Woodworth* (1878), 2 S.C.R. 158,

législature ontarienne de réciter le Notre Père au début de chaque jour de séance (*Ontario (Speaker of the Legislative Assembly)*, par. 23); le pouvoir d'exclure les étrangers des débats (*New Brunswick Broadcasting*; *Zündel c. Boudria* (1999), 46 O.R. (3d) 410 (C.A.), par. 16; *R. c. Behrens*, [2004] O.J. No. 5135 (QL), 2004 ONCJ 327); le pouvoir disciplinaire du Parlement à l'endroit de ses membres (*Harvey*; voir également *Tafler c. British Columbia (Commissioner of Conflict of Interest)* (1998), 161 D.L.R. (4th) 511 (C.A.C.-B.), par. 15-18; *Morin c. Crawford* (1999), 29 C.P.C. (4th) 362 (C.S. T.N.-O.)); et des non-membres qui s'ingèrent dans l'exercice des fonctions du Parlement (*Payson c. Hubert* (1904), 34 R.C.S. 400, p. 413; *Behrens*), y compris l'immunité contre l'arrestation dont jouissent les membres du Parlement pendant une session parlementaire (*Telezone*; *Ainsworth Lumber Co. c. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 93, 2003 BCCA 239; *Nation et bande indienne de Samson*). Historiquement, ces catégories générales sont considérées justifiées par les exigences du travail parlementaire.

11. Le rôle des tribunaux consiste à s'assurer que la revendication d'un privilège ne permet pas au Parlement, à ses représentants ou à ses employés de se soustraire au régime de droit commun en ce qui a trait aux conséquences de leurs actes lorsque leur conduite outrepasse la portée nécessaire de la catégorie de privilège en cause (*Re Ouellet (No. 1)* (1976), 67 D.L.R. (3d) 73 (C.S. Qué.), p. 87). Ainsi, en 1839, près de trois décennies avant la Confédération, les tribunaux anglais ont refusé de reconnaître une résolution formelle de la Chambre des communes qui dépassait à leur avis les véritables limites du privilège revendiqué (*Stockdale c. Hansard*, p. 1156, le juge en chef Denman; p. 1177, le juge Littledale; p. 1192, le juge Patteson; p. 1194, le juge Coleridge). Des spécialistes des usages parlementaires britanniques ont depuis reconnu la compétence des tribunaux pour trancher une revendication de privilège (voir *Erskine May*, p. 185-186). Notre Cour a aussi reconnu ce partage des compétences entre les tribunaux et la Chambre

where Richards C.J., our first Chief Justice, had this to say at p. 196:

> [T]he courts will see whether what the House of Commons declares to be its privileges really are so, the mere affirmance by that body that a certain act is a breach of their privileges will not oust the courts from enquiring and deciding whether the privilege claimed really exists.

This jurisdictional rule has been accepted by authorities on the law and custom of the Canadian Parliament as well (see Maingot, at p. 66) and is not challenged in this appeal.

12. Courts are apt to look more closely at cases in which claims to privilege have an impact on persons outside the legislative assembly than at those which involve matters entirely internal to the legislature (*New Brunswick Broadcasting*, at p. 350; *Bear v. State of South Australia* (1981), 48 S.A.I.R. 604 (Indus. Ct.); *Thompson v. McLean* (1998), 37 C.C.E.L. (2d) 170 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 21; *Stockdale v. Hansard*, at p. 1192).

30 It should be emphasized that a finding that a particular area of parliamentary activity is covered by privilege has very significant legal consequences for non-members who claim to be injured by parliamentary conduct, including those whose reputations may suffer because of references to them in parliamentary debate, for whom the ordinary law will provide no remedy. In *New Brunswick Broadcasting* itself, it was held that the press freedom guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter* did not prevail over parliamentary privilege, which was held to be as much part of our fundamental constitutional arrangements as the *Charter* itself. One part of the Constitution cannot abrogate another part of the Constitution (*Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *New Brunswick Broadcasting*, at pp. 373 and 390). In matters of privilege, it would lie within the exclusive competence of the legislative assembly itself to consider compliance with human

dans *Landers c. Woodworth* (1878), 2 R.C.S. 158. Le juge en chef Richards, qui fut le premier a occuper ce poste à la Cour, s'est alors exprimé comme suit à la p. 196 :

> [TRADUCTION] [L]es tribunaux regarderont si les choses que la Chambre des communes déclare être ses privilèges en sont vraiment; la simple affirmation par cet organisme qu'un certain acte constitue une violation de ses privilèges n'empêche pas les tribunaux d'examiner et de décider si le privilège revendiqué existe réellement.

Cette règle relative à la compétence a également été reconnue par des spécialistes de la procédure et des usages parlementaires au Canada (voir Maingot, p. 66) et n'est pas contestée dans le présent pourvoi.

12. Les tribunaux peuvent examiner de plus près les affaires dans lesquelles la revendication d'un privilège a des répercussions sur des personnes qui ne sont pas membres de l'assemblée législative en cause, que celles qui portent sur des questions purement internes (*New Brunswick Broadcasting*, p. 350; *Bear c. State of South Australia* (1981), 48 S.A.I.R. 604 (Indus. Ct.); *Thompson c. McLean* (1998), 37 C.C.E.L. (2d) 170 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 21; *Stockdale c. Hansard*, p. 1192).

Soulignons qu'une conclusion portant qu'un secteur particulier de l'activité parlementaire est protégé par un privilège est lourde de conséquences sur le plan juridique pour les non-membres auxquels les actions de la Chambre ou de ses membres auraient causé un préjudice, y compris ceux dont la réputation peut être ternie parce qu'on parle d'eux dans les débats parlementaires et qui se verront privés de toute réparation en vertu du droit commun. Dans *New Brunswick Broadcasting*, notre Cour a statué que la liberté de la presse garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte* ne l'emportait pas sur le privilège parlementaire, qui fait autant partie que la *Charte* de notre organisation constitutionnelle fondamentale. Or, une partie de la Constitution ne peut en abroger une autre (*Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *New Brunswick Broadcasting*, p. 373 et 390). Sur des questions relevant de son privilège,

rights and civil liberties. The House, "with one voice, accuses, condemns and executes": *Stockdale v. Hansard*, at p. 1171.

B. *Questions Left Open in the Earlier Cases*

As mentioned earlier, *New Brunswick Broadcasting* and *Harvey* dealt with the inherent privilege of provincial legislatures, i.e., the measure of autonomy that is "inherent" in the creation of a legislative body under the *Constitution Act, 1867*. There was little doubt on the facts that the activity under review in those cases fell within the privilege claimed. The real dispute was over the legal status and effect of "inherent" privilege.

This case raises two new considerations. Firstly, does the "necessity" test apply to privilege enacted into law by Parliament pursuant to s. 18 of the *Constitution Act, 1867*, or are such laws, by reason of their enactment under a specific constitutional power, conclusive proof of necessity? In *Harvey*, McLachlin J., speaking for herself and L'Heureux-Dubé J., thought there was "much to recommend" such a necessity test in the provincial context (para. 73), but the Court was not called upon to decide the point and a majority of the judges decided the *Harvey* case on grounds unrelated to privilege. Secondly, in the case of an acknowledged category of privilege, to what extent can the courts, rather than the legislative assembly, define its scope and limits without embarking on an impermissible review of the exercise of the privilege itself?

(1) Inherent Versus Legislated Privilege

The ruling in *New Brunswick Broadcasting*, read narrowly, affirmed constitutional status for privileges "inherent" in the creation of a provincial legislature. However, unlike the provinces, the federal

l'assemblée législative aurait compétence exclusive pour déterminer si les droits de la personne et les libertés publiques ont été respectés. La Chambre [TRADUCTION] « d'une voix unique, accuse, condamne et exécute » : *Stockdale c. Hansard*, p. 1171.

B. *Questions non tranchées dans les arrêts antérieurs*

31 Comme nous l'avons vu, les arrêts *New Brunswick Broadcasting* et *Harvey* traitaient du privilège inhérent des assemblées législatives provinciales, c.-à-d. du degré d'autonomie « inhérent » à la création d'un organe législatif sous le régime de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans ces affaires, il ne faisait guère de doute que les activités en cause étaient visées par le privilège revendiqué. Le débat portait plutôt sur le statut juridique et l'effet du privilège « inhérent ».

32 Le présent pourvoi soulève deux nouvelles questions. Premièrement, le critère de « nécessité » s'applique-t-il au privilège établi par une loi du Parlement du Canada adoptée en vertu de l'art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou pareille loi, de par son adoption en vertu d'un pouvoir expressément conféré par la Constitution, fait-elle foi de cette nécessité? Dans *Harvey*, la juge McLachlin, s'exprimant en son propre nom et au nom de la juge L'Heureux-Dubé, dans le contexte provincial, a indiqué qu'il y a « beaucoup de raisons de recommander » l'application du critère de nécessité (par. 73), mais la Cour n'avait pas à se prononcer sur cette question et les juges majoritaires se sont appuyés sur des motifs qui n'avaient aucun lien avec le privilège pour trancher le pourvoi. Deuxièmement, lorsqu'une catégorie de privilège reconnue est en cause, dans quelle mesure les tribunaux, plutôt que l'assemblée législative, peuvent-ils en définir l'étendue et les limites sans s'engager sur la voie interdite du contrôle de l'exercice du privilège proprement dit?

(1) Le privilège inhérent et le privilège établi par voie législative

33 La décision *New Brunswick Broadcasting*, interprétée strictement, confirme le statut constitutionnel des privilèges « inhérents » que les assemblées législatives provinciales possèdent du seul fait de

Parliament has an express legislative power to enact privileges which may exceed those "inherent" in the creation of the Senate and the House of Commons, although such legislated privileges must not "exceed" those "enjoyed and exercised" by the U.K. House of Commons and its members at the date of the enactment. Section 18 of the *Constitution Act, 1867* (as amended in 1875) provides:

18. The privileges, immunities, and powers to be held, enjoyed, and exercised by the Senate and by the House of Commons, and by the members thereof respectively, shall be such as are from time to time defined by Act of the Parliament of Canada, but so that any Act of the Parliament of Canada defining such privileges, immunities, and powers shall not confer any privileges, immunities, or powers exceeding those at the passing of such Act held, enjoyed, and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and by the members thereof.

In *New Brunswick Broadcasting*, Lamer C.J., writing separate concurring reasons, considered that such "legislated privilege" would lack the constitutional status of "inherent" privilege, and its exercise would be subject to *Charter* review (p. 364). His reasoning was that s. 32(1) of the *Charter* itself provides that "[t]his Charter applies ... to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament". As s. 18 of the *Constitution Act, 1867* places privilege within the authority of Parliament, therefore legislation affecting privilege, as any other legislation, will be subject to *Charter* review. However, the logic of the separate judgments written by McLachlin J. and La Forest J. points away from such a conclusion, their view was accepted as correct by a majority of the Court, and the point must now be taken as settled.

34 Historically, the legislative source of some privileges (e.g., art. 9 of the *Bill of Rights* of 1689) did not diminish the jurisdictional immunity they attracted.

leur création. Toutefois, contrairement aux provinces, le Parlement fédéral s'est vu conféré, en termes exprès, le pouvoir d'établir des privilèges plus vastes que les privilèges « inhérents » à la création du Sénat et de la Chambre des communes, mais de tels privilèges établis par voie législative ne doivent pas « excéder » les privilèges « possédés et exercés » par la Chambre des communes du Royaume-Uni et par ses membres au moment de la passation de la loi. L'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (modifié en 1875) est ainsi libellé :

18. Les privilèges, immunités et pouvoirs que posséderont et exerceront le Sénat et la Chambre des Communes et les membres de ces corps respectifs, seront ceux prescrits de temps à autre par loi du Parlement du Canada; mais de manière à ce qu'aucune loi du Parlement du Canada définissant tels privilèges, immunités et pouvoirs ne donnera aucuns privilèges, immunités ou pouvoirs excédant ceux qui, lors de la passation de la [loi en question], sont possédés et exercés par la Chambre des Communes du Parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et par les membres de cette Chambre.

Dans *New Brunswick Broadcasting*, le juge en chef Lamer, qui a rédigé des motifs concourants distincts, a considéré que le privilège « établi par voie législative » ne bénéficierait pas du statut constitutionnel dont jouit le privilège « inhérent » et que son exercice serait assujetti à un examen fondé sur la *Charte* (p. 364). Selon son raisonnement, le par. 32(1) de la *Charte* prévoit que « [la] charte s'applique [. . .] au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement ». Étant donné que le privilège parlementaire relève de la compétence du Parlement du Canada en vertu de l'art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les lois qui y ont trait, comme toute autre loi, pourront faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Toutefois, les raisonnements suivis par les juges McLachlin et La Forest dans leurs motifs respectifs tendent à exclure une telle conclusion et les juges majoritaires de notre Cour ont souscrit à leur opinion sur ce point, de sorte qu'il faut maintenant tenir la question pour réglée.

Historiquement, l'origine législative de certains privilèges parlementaires (celui créé par l'art. 9 du *Bill of Rights* de 1689, par exemple) n'ont pas eu

In *Bradlaugh v. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271, Stephen J. stated, at p. 278:

I think that the House of Commons is not subject to the control of Her Majesty's Courts in its administration of that part of the statute-law which has relation to its own internal proceedings .... [Emphasis added.]

The same rule was adopted in Canada (*Temple v. Bulmer*, [1943] S.C.R. 265; *Carter v. Alberta* (2002), 222 D.L.R. (4th) 40, 2002 ABCA 303, at para. 20, leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. vii). The immunity from external review flowing from the doctrine of privilege is conferred by the nature of the function (the Westminster model of parliamentary democracy), not the source of the legal rule (i.e., inherent privilege versus legislated privilege). The doctrine of privilege attaching to a constitution "similar in Principle to that of the United Kingdom" under the preamble to the *Constitution Act, 1867* is not displaced by the wording of s. 32(1) of the *Charter*. As was pointed out in *New Brunswick Broadcasting*, parliamentary privilege enjoys the *same* constitutional weight and status as the *Charter* itself.

(2) Section 4 of the *Parliament of Canada Act*

Parliament has conferred on the Senate and House of Commons the full extent of the privileges permitted under the Constitution. In doing so, however, our Parliament neither enumerated nor described the categories or scope of those privileges except by general incorporation by reference of whatever privileges were "held, enjoyed and exercised" by the U.K. House of Commons. Section 4 reads in its entirety as follows:

Parliament of Canada Act, R.S.C. 1985, c. P-1

4. The Senate and the House of Commons, respectively, and the members thereof hold, enjoy and exercise

pour effet de réduire l'immunité juridictionnelle en découlant. Dans *Bradlaugh c. Gossett* (1884), 12 Q.B.D. 271, le juge Stephen dit ce qui suit à la p. 278 :

[TRADUCTION] Selon moi, lorsqu'elle applique les dispositions législatives portant sur sa procédure interne, la Chambre des communes n'est pas assujettie au contrôle des tribunaux de Sa Majesté ... [Je souligne.]

La même règle a été adoptée au Canada (*Temple c. Bulmer*, [1943] R.C.S. 265; *Carter c. Alberta* (2002), 222 D.L.R. (4th) 40, 2002 ABCA 303, par. 20, autorisation de pourvoi refusée, [2003] 1 R.C.S. vii). C'est la nature de la fonction exercée (selon le modèle de démocratie parlementaire du Parlement de Westminster) et non l'origine de la règle juridique (selon qu'il s'agit d'un privilège inhérent ou d'un privilège établi par voie législative) qui confère l'immunité contre les examens externes découlant de la doctrine du privilège parlementaire. Le libellé du par. 32(1) de la *Charte* n'a pas pour effet d'écarter la doctrine du privilège parlementaire lié à une constitution reposant, en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, « sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». Comme notre Cour l'a fait remarquer dans *New Brunswick Broadcasting*, le privilège parlementaire a le *même* statut et le *même* poids constitutionnels que la *Charte* elle-même.

(2) L'article 4 de la *Loi sur le Parlement du Canada*

Le Parlement a accordé au Sénat et à la Chambre des communes tous les privilèges autorisés par la Constitution. Toutefois, ce faisant, notre Parlement n'a ni énuméré ni décrit les catégories de privilège ou l'étendue de ces privilèges, sauf par renvoi général aux privilèges que « possédaient » la Chambre des communes du Royaume-Uni. Voici le texte intégral de l'art. 4 : 35

Loi sur le Parlement du Canada, L.R.C. 1985, ch. P-1

4. Les privilèges, immunités et pouvoirs du Sénat et de la Chambre des communes, ainsi que de leurs membres, sont les suivants :

(*a*) such and the like privileges, immunities and powers as, at the time of the passing of the *Constitution Act, 1867*, were held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom and by the members thereof, in so far as is consistent with that Act; and

(*b*) such privileges, immunities and powers as are defined by Act of the Parliament of Canada, not exceeding those, at the time of the passing of the Act, held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom and by the members thereof.

36 The main body of the privileges of our Parliament are therefore "legislated privileges", and according to s. 4 of the *Parliament of Canada Act* must be ascertained by reference to the law and customs of the U.K. House of Commons which are themselves composed of both legislated (including the *Bill of Rights* of 1689) and inherent privileges.

37 The task of defining such privileges is not straightforward. The scope of parliamentary privilege in the U.K. is a matter of controversy in the U.K. itself (as described at some length in the British Joint Committee Report). Parliamentary privilege in that country has evolved over time, and continues to evolve within a society, institutions, and constitutional arrangements different from our own. As an Australian parliamentary committee noted, the privileges of the Parliament at Westminster are "a mirror of the times when they were gained" (*Final Report of the Joint Select Committee on Parliamentary Privilege* (October 1984), Parliamentary Paper No. 219/1984, at para. 3.9). Nevertheless, the framers of the *Constitution Act, 1867* thought it right to use Westminster as the benchmark for parliamentary privilege in Canada, and if the existence and scope of a privilege at Westminster is authoritatively established (either by British or Canadian precedent), it ought to be accepted by a Canadian court without the need for further inquiry into its necessity. This result contrasts with the situation in the provinces where legislated privilege, without any underpinning similar to s. 18 of the *Constitution Act, 1867*, would

a) d'une part, ceux que possédaient, à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni ainsi que ses membres, dans la mesure de leur compatibilité avec cette loi;

b) d'autre part, ceux que définissent les lois du Parlement du Canada, sous réserve qu'ils n'excèdent pas ceux que possédaient, à l'adoption de ces lois, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni et ses membres.

Par conséquent, les privilèges de notre Parlement sont principalement constitués de privilèges « établis par voie législative » et, selon l'art. 4 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, ils seront reconnus en fonction des lois et coutumes de la Chambre des communes du Royaume-Uni, qui comportent elles-mêmes à la fois des privilèges établis par voie législative (dont le *Bill of Rights* de 1689) et des privilèges inhérents.

Définir ces privilèges n'est pas chose facile. Même en Grande-Bretagne, l'étendue du privilège parlementaire est sujette à controverse (comme il ressort du rapport du comité mixte britannique). Dans ce pays, le privilège parlementaire a évolué avec le temps et son évolution se poursuit dans un contexte social, institutionnel et constitutionnel différent du nôtre. Ainsi que l'a signalé une commission parlementaire australienne, les privilèges du Parlement de Westminster sont [TRADUCTION] « à l'image de l'époque à laquelle ils ont été obtenus » (*Final Report of the Joint Select Committee on Parliamentary Privilege* (octobre 1984), Parliamentary Paper No. 219/1984, par. 3.9). Les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont néanmoins cru bon d'utiliser le Parlement de Westminster comme point de référence en ce qui a trait au privilège parlementaire canadien et si l'existence ainsi que l'étendue d'un privilège du Parlement de Westminster sont établies péremptoirement (par un précédent anglais ou canadien), ce privilège devrait être reconnu par les tribunaux canadiens sans qu'il soit nécessaire d'en apprécier la nécessité. Ce résultat contraste avec la situation des provinces car, sans fondement analogue à

likely have to meet the necessity test (*Harvey*, at para. 73).

Nevertheless, while s. 18 of the *Constitution Act, 1867* provides that the privileges of the Canadian Parliament and its members should not "exceed" those of the U.K., our respective Parliaments are not necessarily in lock step. It seems likely that there could be "differences" consisting of parliamentary practices inherent in the Canadian system, or legislated in relation to our own experience, which would fall to be assessed under the "necessity" test defined by the exigencies and circumstances of our own Parliament. This point would have to be explored if and when it arises for decision.

Accordingly, the first step a Canadian court is required to take in determining whether or not a privilege exists within the meaning of the *Parliament of Canada Act* is to ascertain whether the existence and scope of the claimed privilege have been authoritatively established in relation to our own Parliament or to the House of Commons at Westminster (*Ainsworth Lumber*, at para. 44). In some matters, free speech in the House for example, the answer will readily be conceded. Other claims to privilege are less well established. Much of the U.K. law of privilege remains unwritten. Being unwritten, it retains a good deal of flexibility to meet changing circumstances, which is considered by some commentators to be a virtue (G. F. Lock, "Labour Law, Parliamentary Staff and Parliamentary Privilege" (1983), 12 *Indus. L.J.* 28, at p. 34). There has been little formal adjudication of the boundaries of U.K. privilege in the British courts, and Canadian courts are no more bound by a unilateral assertion of privilege by the British House of Commons than, as discussed earlier, would be the courts in Britain itself. In that jurisdiction, the courts exercise due diligence when examining a claim of parliamentary privilege that would immunize the exercise by either House of Parliament of a power that affects

l'art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les privilèges que celles-ci établissent par voie législative devraient vraisemblablement satisfaire au critère de nécessité (*Harvey*, par. 73).

38 Toutefois, bien que l'art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoie que les privilèges du Parlement canadien et de ses membres ne doivent pas « excéder » les privilèges existants en Grande-Bretagne, nos Parlements respectifs ne sont pas pour autant privés de toute latitude. Ainsi, il semble probable qu'il puisse exister des « différences », c.-à-d. des pratiques parlementaires inhérentes au système canadien ou édictées au regard de notre propre expérience. Ces pratiques seraient assujetties au critère de « nécessité » défini en fonction des exigences et circonstances propres à notre Parlement. La Cour examinera cette question en temps et lieu si elle lui est soumise un jour.

39 Par conséquent, pour décider si un privilège existe ou non au sens de la *Loi sur le Parlement du Canada*, les tribunaux canadiens doivent, dans un premier temps, vérifier si l'existence et l'étendue du privilège revendiqué ont été établies péremptoirement en ce qui concerne notre propre Parlement ou la Chambre des communes de Westminster (*Ainsworth Lumber*, par. 44). Dans certains cas, par exemple en ce qui concerne la liberté de parole à la Chambre, la réponse ira de soi. Par contre, d'autres privilèges ne sont pas reconnus de façon aussi certaine. Le droit britannique en matière de privilège est encore aujourd'hui en grande partie non écrit. Pour cette raison, il conserve une assez grande souplesse pour s'adapter aux circonstances changeantes, ce que plusieurs auteurs considèrent comme un avantage de taille (G. F. Lock, « Labour Law, Parliamentary Staff and Parliamentary Privilege » (1983), 12 *Indus. L.J.* 28, p. 34). Peu de décisions des tribunaux britanniques circonscrivent formellement le privilège existant au Royaume-Uni et les tribunaux canadiens ne sauraient être davantage liés par la revendication unilatérale d'un privilège par la Chambre des communes britannique que ne le seraient, comme nous l'avons déjà vu, les tribunaux britanniques eux-mêmes. En Grande-Bretagne, les tribunaux exercent la diligence qui

the rights of non-Parliamentarians. As stated in *Stockdale v. Hansard*, at p. 1192:

All persons ought to be very tender in preserving to the House all privileges which may be necessary for their exercise, and to place the most implicit confidence in their representatives as to the due exercise of those privileges. But power, and especially the power of invading the rights of others, is a very different thing: it is to be regarded, not with tenderness, but with jealousy; and, unless the legality of it be most clearly established, those who act under it must be answerable for the consequences. [Emphasis added.]

See also W. R. Anson, *The Law and Custom of the Constitution* (5th ed. 1922), vol. I, at p. 196. No less is expected of the courts in Canada.

40 Thus, when a claim to privilege comes before a Canadian court seeking to immunize Parliamentarians from the ordinary legal consequences of the exercise of powers in relation to non-Parliamentarians, and the validity and scope of the privilege in relation to the U.K. House of Commons and its members have not been authoritatively established, our courts will be required (as the British courts are required in equivalent circumstances) to test the claim against the doctrine of necessity, which is the foundation of all parliamentary privilege. Of course in relation to these matters, the courts will clearly give considerable deference to our own Parliament's view of the scope of autonomy it considers necessary to fulfill its functions. In the *Telezone* case, for example, the Ontario Court of Appeal stated:

The views of the two Speakers are not binding on this court. However, given the experience and high reputation of these two parliamentarians, and in the context of a legal dispute that centres on the definition of a parliamentary privilege, it seems obvious that their careful and considered rulings should be accorded

s'impose lorsqu'ils examinent une revendication de privilège parlementaire qui immuniserait l'exercice, par l'une ou l'autre des Chambres du Parlement, d'un pouvoir qui porte atteinte aux droits des non-parlementaires. Reprenons à cet égard les propos tenus dans *Stockdale c. Hansard*, p. 1192 :

[TRADUCTION] Tous devraient se montrer bienveillants lorsqu'il s'agit de préserver les privilèges dont l'exercice est nécessaire au bon fonctionnement de la Chambre et avoir la plus grande confiance dans la capacité de leurs représentants de les exercer correctement. Mais il en va autrement s'il s'agit d'un pouvoir, et surtout d'un pouvoir qui permet une atteinte aux droits d'autrui : on ne l'envisagera pas avec bienveillance, mais avec suspicion; et à moins que sa légalité ne soit établie sans l'ombre d'un doute, ceux qui s'en réclament devront répondre de leurs actes. [Je souligne.]

Voir également W. R. Anson, *The Law and Custom of the Constitution* (5e éd. 1922), vol. I, p. 196. On ne saurait s'attendre à moins des tribunaux canadiens.

Ainsi, lorsqu'un tribunal canadien est appelé à statuer sur la revendication d'un privilège visant à immuniser les parlementaires contre les conséquences juridiques ordinaires de l'exercice de pouvoirs relativement à des non-parlementaires et que la validité et l'étendue de ce privilège n'ont pas été établies péremptoirement à l'égard de la Chambre des communes du Royaume-Uni et de ses membres, nos tribunaux doivent déterminer — à l'instar des tribunaux britanniques dans des circonstances équivalentes — si la revendication satisfait au critère de nécessité qui sert d'assise à tout privilège parlementaire. Sur ce plan, les tribunaux feront certes preuve d'une grande retenue quant au degré d'autonomie dont notre propre Parlement estime devoir bénéficier pour s'acquitter de ses fonctions. Citons à titre d'exemple l'extrait de l'arrêt *Telezone* dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a dit :

[TRADUCTION] Les opinions des deux présidents de la Chambre des communes ne lient pas la Cour. Toutefois, compte tenu de l'expérience et de l'excellente réputation de ces parlementaires et dans le contexte d'un différend juridique qui porte principalement sur la définition du privilège parlementaire, il me paraît évident que leurs

substantial respect. I do so. [MacPherson J.A., at para. 32]

Having said that, if a dispute arises between the House and a stranger to the House, as in the present appeal, it will be for the courts to determine if the admitted category of privilege has the scope claimed for it. This adjudication, it must again be emphasized, goes to the *existence* and *scope* of the House's jurisdiction, not to the propriety of its *exercise* in any particular case.

(3) The Necessity Test

Parliamentary privilege is defined by the degree of autonomy necessary to perform Parliament's constitutional function. Sir Erskine May's leading text on the subject defines parliamentary privilege as

> the sum of the peculiar rights enjoyed by each House collectively as a constituent part of the High Court of Parliament, and by Members of each House individually, without which they could not discharge their functions, and which exceed those possessed by other bodies or individuals. [Emphasis added; p. 75.]

Similarly, Maingot defines privilege in part as "the necessary immunity that the law provides for Members of Parliament, and for Members of the legislatures of each of the ten provinces and two territories, in order for these legislators to do their legislative work" (p. 12 (emphasis added)). To the question "necessary in relation to what?", therefore, the answer is necessary to protect legislators in the discharge of their legislative and deliberative functions, and the legislative assembly's work in holding the government to account for the conduct of the country's business. To the same effect, see R. Marleau and C. Montpetit, eds., *House of Commons Procedure and Practice* (2000), where privilege is defined as "the rights and immunities that are deemed necessary for the House of Commons, as an institution, and its Members, as representatives of the electorate, to fulfil their functions" (p. 50 (emphasis added)). Reference may also be made to J. G. Bourinot, *Parliamentary Procedure and*

décisions mûrement réfléchies doivent être abordées avec un grand respect. Je les aborde donc ainsi. [Le juge MacPherson, par. 32]

Cela dit, si, comme en l'espèce, un différend oppose la Chambre et une personne qui lui est étrangère, il revient aux tribunaux de déterminer si l'étendue de la catégorie reconnue est celle qu'on prétend lui attribuer. Cette détermination, faut-il le rappeler, touche l'*existence* et l'*étendue* de la compétence de la Chambre, et non l'opportunité de son *exercice* dans un cas particulier.

(3) Le critère de nécessité

41 Le privilège parlementaire se définit en fonction du degré d'autonomie requis pour que le Parlement soit en mesure de s'acquitter de ses fonctions constitutionnelles. Dans son ouvrage de référence sur le privilège parlementaire, Sir Erskine May en donne la définition suivante :

> [TRADUCTION] . . . la somme des droits particuliers dont jouissent chaque Chambre collectivement en tant que composante de la Haute Cour du Parlement, et les membres de chacune des Chambres, individuellement, sans lesquels ils ne pourraient s'acquitter de leurs fonctions, et qui excèdent ceux que possèdent d'autres organismes ou particuliers. [Je souligne; p. 75.]

De même, Maingot le définit notamment comme « l'indispensable immunité que le droit accorde aux membres du Parlement et aux députés des dix provinces et des deux territoires pour leur permettre d'effectuer leur travail législatif » (p. 12 (je souligne)). À la question « indispensable à quel égard? », il faut par conséquent répondre qu'il s'agit de l'immunité qui est indispensable pour protéger les législateurs dans l'exécution de leurs fonctions législatives et délibératives et de la tâche de l'assemblée législative de demander des comptes au gouvernement relativement à la conduite des affaires du pays. Au même effet, voir R. Marleau et C. Montpetit, dir., *La procédure et les usages de la Chambre des communes* (2000), qui définissent le privilège parlementaire comme les « droits et immunités jugés nécessaires pour permettre à la Chambre des communes en tant qu'institution, et à ses députés en tant que représentants de l'électorat, d'exercer leurs fonctions » (p. 50 (je souligne)). Sur ce point il est

Practice in the Dominion of Canada (4th ed. 1916), at p. 37:

> It is obvious that no legislative assembly would be able to discharge its duties with efficiency or to assure its independence and dignity unless it had adequate powers to protect itself and its members and officials in the exercise of their functions. [Emphasis added.]

42 The British Joint Committee Report adopted a similar approach:

> Parliamentary privilege consists of the rights and immunities which the two Houses of Parliament and their members and officers possess to enable them to carry out their parliamentary functions effectively. Without this protection members would be handicapped in performing their parliamentary duties, and the authority of Parliament itself in confronting the executive and as a forum for expressing the anxieties of citizens would be correspondingly diminished. [Emphasis added; para. 3.]

43 While much latitude is left to each House of Parliament, such a purposive approach to the definition of privilege implies important limits. There is general recognition, for example, that privilege attaches to "proceedings in Parliament". Nevertheless, as stated in *Erskine May* (19th ed. 1976), at p. 89, not "everything that is said or done within the Chamber during the transaction of business forms part of proceedings in Parliament. Particular words or acts may be entirely unrelated to any business which is in course of transaction, or is in a more general sense before the House as having been ordered to come before it in due course" (emphasis added). (This passage was referred to with approval in *Re Clark*.) Thus in *R. v. Bunting* (1885), 7 O.R. 524, for example, the Queen's Bench Division held that a conspiracy to bring about a change in the government by bribing members of the provincial legislature was not in any way connected with a proceeding in Parliament and, therefore, the court had jurisdiction to try the offence. *Erskine May* (23rd ed.) refers to an opinion of "the Privileges Committee in 1815 that the re-arrest of Lord Cochrane (a Member of the Commons) in the Chamber (the House not sitting) was not a breach of

également utile de citer J. G. Bourinot, *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada* (4e éd. 1916), p. 37 :

> [TRADUCTION] De toute évidence, aucune assemblée législative ne serait en mesure de s'acquitter efficacement de ses fonctions et de préserver son indépendance et sa dignité si elle n'était pas investie de pouvoirs adéquats pour se protéger, ainsi que ses membres et représentants, dans l'exercice de leurs fonctions. [Je souligne.]

Dans son rapport, le comité mixte britannique adopte une approche similaire :

> [TRADUCTION] Le privilège parlementaire est constitué des droits et immunités que possèdent les deux Chambres du Parlement ainsi que leurs membres et représentants pour pouvoir s'acquitter de leurs fonctions parlementaires efficacement. Sans une telle protection, les membres du Parlement seraient limités dans l'exercice de leurs fonctions parlementaires et l'autorité du Parlement lui-même, lorsqu'il demande des comptes à l'exécutif et sert de forum pour l'expression des préoccupations des citoyens, s'en trouverait diminuée d'autant. [Je souligne; par. 3.]

Bien que chacune des Chambres du Parlement dispose d'une grande latitude, la définition du privilège parlementaire selon cette approche téléologique comporte d'importantes limites. Il est généralement reconnu, par exemple, que le privilège couvre les « travaux du Parlement ». Néanmoins, comme on le dit dans *Erskine May* (19e éd. 1976), p. 89, ne fait pas [TRADUCTION] « partie des travaux du Parlement tout ce qui est dit ou fait au sein de la Chambre pendant qu'elle siège. Certains mots ou actes peuvent n'avoir aucun lien avec l'objet du débat ou, dans un sens plus général, avec les affaires dont la Chambre est validement saisie » (je souligne). (Ce passage a été cité avec approbation dans la décision *Re Clark*.) Ainsi, à titre d'exemple, dans *R. c. Bunting* (1885), 7 O.R. 524, la Division du Banc de la Reine a conclu qu'une conspiration visant à renverser le gouvernement en soudoyant les membres de l'assemblée législative provinciale n'était d'aucune façon liée aux travaux du Parlement et que, par conséquent, la cour avait compétence pour juger l'infraction. *Erskine May* (23e éd.) renvoie à un avis donné [TRADUCTION] « en 1815 par le comité des privilèges selon lequel on n'avait pas porté atteinte au privilège parlementaire en procédant à nouveau

privilege. Particular words or acts may be entirely unrelated to any business being transacted or ordered to come before the House in due course" (p. 116).

The purposive connection between necessity and the legislative function is also emphasized in the British Joint Committee Report:

> The dividing line between privileged and non-privileged activities of each House is not easy to define. Perhaps the nearest approach to a definition is that the areas in which the courts ought not to intervene extend beyond proceedings in Parliament, but the privileged areas must be so closely and directly connected with proceedings in Parliament that intervention by the courts would be inconsistent with Parliament's sovereignty as a legislative and deliberative assembly. [Emphasis added; para. 247.]

Parliament's sovereignty when engaged in the performance of its legislative duties is undoubted (*Penikett v. Canada* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108 (Y.T.C.A.); *Sibbeston v. Northwest Territories (Attorney General)*, [1988] 2 W.W.R. 501 (N.W.T.C.A.); *Pickin v. British Railways Board*, [1974] A.C. 765 (H.L.), at pp. 788-90). While the British Joint Committee Report may not yet have been formally adopted by the U.K. Parliament, its reasoning in these passages reflects a considered parliamentary view of the appropriate limits to claims of privilege, which seems to me also to reflect the underlying principles of the common law.

All of these sources point in the direction of a similar conclusion. In order to sustain a claim of parliamentary privilege, the assembly or member seeking its immunity must show that the sphere of activity for which privilege is claimed is so closely and directly connected with the fulfilment by the assembly or its members of their functions as a legislative and deliberative body, including the assembly's work in holding the government to account, that outside interference would undermine the level

à l'arrestation de lord Cochrane (un membre de la Chambre) pendant qu'il était présent à la Chambre des communes (qui ne siégeait pas au moment de l'arrestation). Certains mots ou actes peuvent être sans lien aucun avec l'objet du débat ou avec les affaires dont la Chambre est validement saisie » (p. 116).

44 La nature téléologique du lien entre la fonction législative et la nécessité ressort également du rapport du comité mixte britannique :

> [TRADUCTION] La ligne de démarcation entre les activités privilégiées et les activités non privilégiées de chaque Chambre n'est pas facile à tracer. La meilleure façon de déterminer où elle se situe consiste peut-être à dire que les questions à l'égard desquelles les cours de justice ne devraient pas intervenir s'étendent au-delà des travaux du Parlement, mais que les questions privilégiées doivent être si étroitement et si directement liées aux travaux du Parlement que l'intervention des cours de justice serait incompatible avec la souveraineté du Parlement en sa qualité d'assemblée législative et délibérante. [Je souligne; par. 247.]

45 Il ne fait aucun doute que le Parlement est souverain lorsqu'il s'acquitte de ses fonctions législatives (*Penikett c. Canada* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108 (C.A.T.Y.); *Sibbeston c. Northwest Territories (Attorney General)*, [1988] 2 W.W.R. 501 (C.A. T.N.-O.); *Pickin c. British Railways Board*, [1974] A.C. 765 (H.L.), p. 788-790). Bien que le rapport du comité mixte britannique n'ait peut-être pas été adopté formellement par le Parlement du Royaume-Uni, le raisonnement suivi dans les passages précités témoigne d'une opinion sur les limites des revendications de privilège qui est réfléchie et, de surcroît, à mon avis, conforme aux principes sous-jacents de la common law.

46 Toutes ces sources mènent à la même conclusion. Pour justifier la revendication d'un privilège parlementaire, l'assemblée ou le membre qui cherchent à bénéficier de l'immunité qu'il confère doivent démontrer que la sphère d'activité à l'égard de laquelle le privilège est revendiqué est si étroitement et directement liée à l'exercice, par l'assemblée ou son membre, de leurs fonctions d'assemblée législative et délibérante, y compris leur tâche de demander des comptes au gouvernement, qu'une

of autonomy required to enable the assembly and its members to do their work with dignity and efficiency.

(4) Once a Claim to Privilege Is Made Out, the Court Will Not Enquire Into the Merits of Its Exercise

47 The distinction between defining the scope of a privilege, which is the function of the courts, and judging the appropriateness of its exercise, which is a matter for the legislative assembly, may sometimes be difficult to draw in practice, but can nevertheless be illustrated on the facts of this case. The appellants claim privilege in respect of relations with *all* employees. If the claim of privilege were justified, no court or body external to the House of Commons could enquire into the appellant Speaker's reasons for the constructive dismissal of the respondent Vaid. Such outside bodies would have no *jurisdiction* to do so. Nevertheless the courts are required to determine the *scope* of the privilege claimed. In this case, the inquiry is directed to whether the privilege extends to dealings with *all* categories of employees or just those categories of employees whose work is connected with the legislative and deliberative functions of the House. More specifically, the issue is whether the privilege extends to the ranks of service employees (such as catering staff) who support MPs in a general way, but play no role in the discharge of their constitutional functions.

48 Once the issue of scope is resolved, it will be for the House to deal with the categories of employees who are covered by the privilege, and the courts will not enquire into its *exercise* in a particular case. The limitation is of great practical importance. If the courts below were correct about a "human rights exception", for example, any person dealing with the House of Commons could circumvent the jurisdictional immunity conferred by privilege simply by alleging discrimination on grounds contrary to the *Canadian Human Rights Act*. Such a rule would amount to an invitation to an outside body to review

intervention externe saperait l'autonomie dont l'assemblée ou son membre ont besoin pour accomplir leur travail dignement et efficacement.

(4) Une fois l'existence d'un privilège établie, la Cour n'évaluera pas le bien-fondé de son exercice

En pratique, il pourra être difficile dans certains cas d'établir une distinction entre le fait de définir l'étendue d'un privilège, qui ressortit aux tribunaux, et celui d'évaluer l'opportunité de son exercice, qui ressortit à l'assemblée législative. Le présent pourvoi peut néanmoins servir à illustrer cette distinction, à la lumière des faits de l'espèce. Le privilège revendiqué par les appelants concerne les relations du Parlement avec *tous* ses employés. Si la revendication était justifiée, aucun organe indépendant de la Chambre des communes, y compris les tribunaux, ne pourrait examiner les raisons pour lesquelles le président de la Chambre appelant a congédié indirectement M. Vaid. Les organes externes n'auraient pas *compétence* à cet égard. Il reste toutefois que les tribunaux doivent définir l'*étendue* du privilège revendiqué. En l'espèce, il s'agit de déterminer si le privilège s'étend aux relations avec *toutes* les catégories d'employés ou seulement aux relations avec les catégories d'employés dont le travail est lié aux fonctions législatives et délibératives de la Chambre. Il s'agit plus particulièrement de savoir si le privilège vise les actions touchant le personnel de soutien (comme le personnel de la restauration) qui appuie les membres du Parlement d'une manière générale, mais ne contribue aucunement à l'exercice de leurs fonctions constitutionnelles.

Une fois la question de l'étendue du privilège résolue, il reviendra à la Chambre d'agir à l'égard des employés appartenant aux catégories visées par le privilège et l'*exercice* du privilège dans un cas particulier ne sera pas assujetti à l'examen des tribunaux. Il s'agit d'une restriction fort importante sur le plan pratique. À supposer, par exemple, que les tribunaux d'instance inférieure aient eu raison de conclure à l'existence d'une « exception fondée sur les droits de la personne », quiconque traite avec la Chambre des communes pourrait contourner l'immunité juridictionnelle conférée par un privilège simplement en

the reasons behind the exercise of the privilege in each particular case. This would effectively defeat the autonomy of the legislative assembly which is the *raison d'être* for the doctrine of privilege in the first place.

On the other hand, the respondents' preliminary objection that the appellants have overstated the scope of their privilege by claiming exclusive and unreviewable authority over the hiring and firing of all employees working for the House of Commons goes to the scope of activity covered by the privilege, and as Rothstein J.A. pointed out in the court below, is a preliminary issue properly cognizable by the courts.

C. *Description of the Category of Privilege Claimed in This Case*

At the hearing of this appeal, the appellants identified the claimed privilege as "management of employees". I agree that this is a more appropriate category than one of the other terms suggested, "internal affairs". The latter is a term of great elasticity. If interpreted precisely it refers "especially to [the House's] control of its own agenda and proceedings" (Marleau and Montpetit, at p. 103). This is also the view taken by the British Joint Committee Report:

> . . . the privilege of each House to administer its own internal affairs in its precincts applies only to activities directly and closely related to proceedings in Parliament. [para. 251]

On the other hand, if the term "internal affairs" were interpreted broadly as suggested by some of the interveners, it would duplicate most of the matters recognized independently as privileges, including the right to exclude strangers from the House (*New Brunswick Broadcasting*), the discipline of members (*Harvey*) and matters of day-to-day

alléguant qu'un acte discriminatoire a été commis en violation de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Une telle règle équivaudrait à inviter un organe externe à contrôler les raisons qui sous-tendent l'exercice du privilège dans chaque cas particulier. L'autonomie de l'assemblée législative, qui au départ est la raison d'être de la doctrine du privilège parlementaire, serait ainsi, de fait, réduite à néant.

49 Par contre, l'objection préliminaire des intimés selon laquelle les appelants ont attribué une portée excessive à leur privilège — en prétendant avoir le pouvoir exclusif et non susceptible de contrôle d'embaucher et de congédier tous les employés travaillant pour la Chambre des communes — vise l'étendue de l'activité couverte par le privilège et, comme le juge Rothstein de la Cour d'appel fédérale l'a fait remarquer en l'espèce, il s'agit d'une question préjudicielle qui relève à bon droit des tribunaux.

C. *Description de la catégorie de privilège invoquée en l'espèce*

50 À l'audition du présent pourvoi, les appelants ont indiqué que le privilège qu'ils invoquent appartient à la catégorie « gestion du personnel ». Je conviens qu'il s'agit là d'une catégorie plus appropriée que l'une des autres catégories proposées, à savoir les « affaires internes ». Cette dernière expression est très élastique. Ainsi, suivant une interprétation stricte elle s'entend « principalement [du droit de la Chambre] d'être maître du programme de ses travaux et du déroulement de ses délibérations » (Marleau et Montpetit, p. 103). Le rapport du comité mixte britannique exprime le même point de vue :

> [TRADUCTION] . . . le privilège de chaque Chambre d'administrer ses propres affaires internes dans son enceinte ne s'applique qu'aux activités directement et étroitement reliées aux travaux du Parlement. [par. 251]

51 Par contre, si l'expression « affaires internes » devait être interprétée libéralement, comme le proposent certains des intervenants, elle chevaucherait la plupart des objets de privilèges indépendants reconnus, notamment le pouvoir du Parlement d'exclure les étrangers de ses débats (*New Brunswick Broadcasting*), son pouvoir disciplinaire à l'endroit

procedure in the House itself (*Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) v. Ontario (Human Rights Commission)* (the "Lord's Prayer" case). The danger of dealing with a claim of privilege at too high a level of generality was also noted in the British Joint Committee Report:

> "Internal affairs" and equivalent phrases are loose and potentially extremely wide in their scope. . . . [It] would be going too far if it were to mean, for example, that a dispute over the . . . dismissal of a cleaner could not be decided by a court or industrial tribunal in the ordinary way. [para. 241]

In light of the explicit link made in s. 18 of our *Constitution Act, 1867* to the "privileges, immunities, and powers . . . enjoyed, and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom . . . and by the members thereof", these words of disclaimer by a joint committee of British Parliamentarians deserve careful consideration.

52 I therefore turn to the appellants' contention that "the power of the Speaker of the House of Commons to hire, manage and dismiss House employees is among the constitutionally entrenched parliamentary privileges over which the House has exclusive jurisdiction. This exclusive jurisdiction extends to the investigation and adjudication of workplace discrimination claims" (appellants' factum, at para. 2). The appellants' position goes well beyond the more limited privilege outlined in the British Joint Committee Report and would cover with immunity *all* dealings with *all* employees without exception who work for the legislative branch of government.

D. *Proof of the Category of Privilege Claimed in This Case*

53 The onus lies on the appellants to establish that the category and scope of privilege they claim do not exceed those that "at the passing of [the *Parliament of Canada*] Act [were] held, enjoyed, and exercised

de ses membres (*Harvey*) et la procédure quotidienne de la Chambre elle-même (*Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) c. Ontario (Human Rights Commission)* (l'affaire du « Notre Père »). Le rapport du comité mixte britannique souligne également le danger qu'il y a à aborder une revendication de privilège d'un point de vue trop général :

> [TRADUCTION] L'expression « affaires internes » et les autres expressions analogues sont vagues et peuvent avoir une portée fort étendue. [. . .] [On] irait trop loin si on l'interprétait, par exemple, comme signifiant qu'un litige portant sur [. . .] le congédiement d'un préposé à l'entretien ne peut être tranché suivant la procédure ordinaire par une cour de justice ou par un tribunal industriel. [par. 241]

Compte tenu du lien explicite que fait l'art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* avec les « privilèges, immunités et pouvoirs [. . .] exercés par la Chambre des Communes du Parlement du Royaume-Uni [. . .] et par les membres de cette Chambre », la mise en garde d'un comité mixte de parlementaires britanniques mérite d'être prise sérieusement en considération.

J'examinerai donc maintenant la prétention des appelants selon laquelle [TRADUCTION] « le pouvoir du président de la Chambre des communes d'embaucher, de gérer et de congédier les employés de la Chambre est l'un des privilèges parlementaires garantis par la Constitution et du ressort exclusif de la Chambre. Cette compétence exclusive comprend le pouvoir d'examiner les allégations de discrimination en milieu de travail et de se prononcer sur celles-ci » (mémoire des appelants, par. 2). Selon la position des appelants, qui va bien au-delà du privilège plus restreint décrit dans le rapport du comité mixte britannique, l'immunité engloberait *tous* les rapports avec *tous* les employés qui travaillent pour l'organe législatif du gouvernement, sans exception.

D. *Preuve de la catégorie de privilège invoquée en l'espèce*

Il incombe aux appelants d'établir que l'existence et l'étendue du privilège qu'ils invoquent n'excèdent pas celles des privilèges qui étaient « lors de la passation de [la *Loi sur le Parlement du Canada*,]

by the Commons House of Parliament of the United Kingdom . . . and by the members thereof".

I will examine first whether this issue has been authoritatively resolved in the courts of Canada or the United Kingdom and, if not, I will proceed to measure the appellants' claim against the test of necessity in relation to what is required "in order for these legislators to do their legislative work" (Maingot, at p. 12).

E. *Step One: Has the Existence of a General Privilege in Relation to the "Management of Employees" Been Established by Prior Authority?*

(1) Canadian Authority

The appellants rely on the decision of the Federal Court of Appeal in *House of Commons v. Canada Labour Relations Board*, [1986] 2 F.C. 372. In that case, the court set aside a decision of the Canada Labour Relations Board that had certified a union as the bargaining agent for a unit comprising employees of the House of Commons that included elevator operators and catering employees. However the decision of the Federal Court of Appeal was based on an interpretation of the text of the *Canada Labour Code*. Pratte J.A., for the majority, observed that "parliamentarians, rightly or wrongly, consider the right of the House and the Senate to appoint and control their staff as one of their privileges" (p. 384 (emphasis added)). In the court's view, however, the Houses of Parliament simply did not fall within the statutory definition of an "employer". (The statutory language of the *Canadian Human Rights Act* presents no such obstacle.)

The appellants can show that historically both the House of Commons in Britain and in Canada had the power to hire and fire employees, but this is not proof of the necessity that such hiring and firing be immunized from judicial review by the doctrine of parliamentary privilege. Both s. 18 of the *Constitution Act, 1867* and s. 4 of the *Parliament*

possédés et exercés par la Chambre des Communes du Parlement du Royaume-Uni [. . .] et par les membres de cette Chambre ».

54 Je vais d'abord déterminer si cette question a été tranchée péremptoirement par les tribunaux du Canada ou du Royaume-Uni et, dans la négative, je vais soumettre la revendication des appelants au critère de nécessité en fonction de ce qui est requis « pour leur permettre d'effectuer leur travail législatif » (Maingot, p. 12).

E. *Première étape : l'existence d'un privilège général relatif à la « gestion du personnel » a-t-elle déjà été reconnue?*

(1) Les sources canadiennes

55 Les appelants s'appuient sur la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Chambre des communes c. Conseil canadien des relations de travail*, [1986] 2 C.F. 372. Dans cette affaire, la cour a annulé la décision par laquelle le Conseil canadien des relations de travail avait accrédité un syndicat comme agent négociateur d'une unité comprenant des employés de la Chambre des communes, dont des opérateurs d'ascenseurs et des employés du secteur de la restauration. Pour rendre sa décision, la Cour d'appel fédérale s'est toutefois appuyée sur l'interprétation du *Code canadien du travail*. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Pratte a fait remarquer que « les parlementaires considèrent, à tort ou à raison, que le droit de la Chambre et du Sénat de nommer et de contrôler les membres de leur personnel fait partie de leurs privilèges » (p. 384 (je souligne)). La cour a toutefois conclu que les Chambres du Parlement n'étaient tout simplement pas visées par la définition du terme « employeur ». (Le libellé de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne soulève pas de problème sur ce plan.)

56 Les appelants sont en mesure de démontrer qu'historiquement la Chambre des communes de Grande-Bretagne et celle du Canada avaient toutes deux le pouvoir d'embaucher et de congédier leurs employés, mais cela ne prouve pas qu'il est nécessaire que ces actes soient immunisés contre tout contrôle judiciaire en application de la doctrine du privilège

of Canada Act differentiate among the "privileges, immunities and powers" of Parliament.

57 Counsel referred the Court to several historical documents which, it was alleged, established the existence of such a privilege in Britain prior to 1867, as well as the existence of that privilege here in Canada. In particular, the *House of Commons (Offices) Act, 1812* (U.K.), 52 Geo. 3, c. 11, allows for complaints as to the "Misconduct or Unfitness of any Clerk, Officer, Messenger or other Person attendant on the House of Commons" to be made to the Speaker, and provides the Speaker with the power to suspend or remove those individuals found to be guilty of such misconduct. This statute is said to codify the practice of the time. In the Canadian context, we were referred to *An Act respecting the internal Economy of the House of Commons, and for other purposes*, S.C. 1868, c. 27, which incorporates much of the same language as the British Act just mentioned.

58 Standing Order 151 of the House of Commons, which has remained unchanged since its adoption in 1867, provides:

> The Clerk of the House is responsible for the safekeeping of all papers and records of the House, and has the direction and control over all the officers and clerks employed in the offices, subject to such orders as the Clerk may, from time to time, receive from the Speaker or the House. [Emphasis added.]

While the appellants cite this in support of their claim, the intervenors Senators Joyal and Jaffer point out that Standing Orders are not acts "of the Parliament of Canada" within s. 18 of the *Constitution Act, 1867* and, in any event, Standing Order 151 refers to powers, not immunities.

59 In any event, the powers conferred by this legislation and Standing Order 151 are equivalent to

parlementaire. Tant l'art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* que l'art. 4 de la *Loi sur le Parlement du Canada* établissent des distinctions entre les « privilèges, immunités et pouvoirs » du Parlement.

Les avocats ont porté à l'attention de la Cour plusieurs documents historiques qui établissent selon eux l'existence d'un tel privilège en Grande-Bretagne avant 1867, ainsi que l'existence de ce privilège ici au Canada. Plus particulièrement, la *House of Commons (Offices) Act, 1812* (R.-U.), 52 Geo. 3, ch. 11, autorise le dépôt d'une plainte auprès du président de la Chambre pour [TRADUCTION] « inconduite ou incompétence d'un greffier, d'un employé, d'un officier, d'un messager ou d'un autre serviteur travaillant pour la Chambre des communes », et confère au président le droit de suspendre de leurs fonctions ou de démettre les personnes reconnues coupables d'une telle inconduite. Cette loi est censée codifier la pratique en vigueur à l'époque de son adoption. Dans le contexte canadien, référence a été faite à l'*Acte concernant l'Économie Intérieure de la Chambre des Communes et pour d'autres fins*, S.C. 1868, ch. 27, dont le libellé est analogue à celui de la loi britannique précitée.

L'article 151 du *Règlement de la Chambre des communes*, qui n'a pas été modifié depuis son adoption en 1867, prévoit ce qui suit :

> Le Greffier de la Chambre est responsable de la garde de tous les documents et archives de la Chambre et a la direction et le contrôle du personnel des bureaux, sous réserve des instructions qu'il peut recevoir, à l'occasion, de l'Orateur ou de la Chambre. [Je souligne.]

Les appelants s'appuient sur le texte précité, mais les sénateurs Joyal et Jaffer, intervenants, font remarquer que les articles du *Règlement de la Chambre des communes* ne sont pas des lois « du parlement du Canada » au sens de l'art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que, de toute façon, dans l'art. 151 il est question de pouvoirs et non d'immunités.

Quoi qu'il en soit, les pouvoirs conférés par les lois susmentionnées et par l'art. 151 du *Règlement*

the sort of authority routinely conferred on Deputy Ministers to enable them to manage the departments of government. There is nothing here that purports to *immunize* the exercise of those powers from the constraints imposed by the ordinary law of the land (which in the case of federally regulated employees is largely the creature of Parliament itself).

de la Chambre des communes sont du même type que ceux normalement conférés aux sous-ministres pour leur permettre d'administrer les ministères. Ils ne contiennent aucun élément qui vise à *immuniser* l'exercice de ces pouvoirs contre les contraintes imposées par le droit commun du pays (qui, dans le cas des employés relevant du fédéral, est en grande partie édicté par le Parlement lui-même).

The appellants argue that the "privilege" respecting labour relations is recognized and affirmed by s. 4(1) of PESRA which states:

60 Les appelants font valoir que le « privilège » relatif aux relations de travail est reconnu et confirmé par le par. 4(1) de la LRTP, ainsi libellé :

4. (1) Nothing in this Part abrogates or derogates from any of the privileges, immunities and powers referred to in section 4 of the *Parliament of Canada Act*.

4. (1) La présente partie n'a pas pour effet d'abroger les droits, immunités et attributions visés à l'article 4 de la *Loi sur le Parlement du Canada* ou d'y déroger.

But, as I see it, s. 4(1) simply begs the question of privilege. If no privilege can be shown to exist, there is nothing from which PESRA can abrogate or derogate.

Mais, selon ma compréhension, le par. 4(1) ne fait que poser la question du privilège. S'il est impossible d'établir l'existence d'un privilège, il n'y a rien que la LRTP puisse abroger ou modifier.

(2) British Authority

(2) Les sources britanniques

61 We were not referred to any judicial authority in the U.K. on this point, and the British Joint Committee Report does not support the existence of a compendious privilege over "management of employees". On the contrary, the Joint Committee of Parliamentarians at Westminster writes:

Aucune décision britannique portant directement sur cette question n'a été portée à notre attention et le rapport du comité mixte britannique ne permet pas de conclure à l'existence d'un vaste privilège relatif à la « gestion du personnel ». Au contraire, le rapport du comité mixte britannique dit ce qui suit :

The Palace of Westminster is a large building; it requires considerable maintenance; it provides an extensive range of services for members; it employs and caters for a large number of staff and visitors. These services require staff and supplies and contractors. For the most part, and rightly so, these services are not treated as protected by privilege. [Emphasis added; para. 246.]

[TRADUCTION] Le Palais de Westminster est un vaste immeuble qui nécessite beaucoup d'entretien; il fournit un large éventail de services aux membres; il emploie et accueille de nombreux employés et visiteurs. Pour offrir ces services il compte sur des employés et des fournisseurs, et il doit avoir accès à diverses fournitures. Dans l'ensemble, ces services ne sont pas considérés comme protégés par un privilège, et ce, à juste titre. [Je souligne; par. 246.]

. . .

. . .

It follows that management functions relating to the provision of services in either House are only exceptionally subject to privilege. [Emphasis added; para. 248.]

Il s'ensuit que les fonctions de gestion, pour ce qui est de la fourniture de services dans l'une ou l'autre Chambre, ne sont qu'exceptionnellement assujetties au privilège. [Je souligne; par. 248.]

I have already referred to the British Joint Committee's view that it "would be going too far" to hold that "a dispute over the . . . dismissal of a

J'ai déjà fait référence au point de vue exprimé par le comité mixte britannique selon lequel on [TRADUCTION] « irait trop loin » en statuant

cleaner could not be decided by a court or industrial tribunal in the ordinary way" (para. 241).

62 It is clear from these observations that, in the U.K., the management of *some* employees would be covered by privilege but only if a connection were established between that category of employees and the exercise by the House of its functions as a legislative and deliberative assembly, including its role in holding the government to account. A privilege in those terms would be considerably narrower than that claimed by the appellants.

63 The appellants also rely on the opinion of the English Court of King's Bench in *R. v. Graham-Campbell; Ex parte Herbert*, [1935] 1 K.B. 594. In that case, the satirist A. P. Herbert (author of *Uncommon Law* and other parodies) laid an information against fifteen Members of Parliament, and a House employee, for serving alcohol in the Palace of Westminster without a licence. In a brief five paragraph judgment, Lord Hewart stated that the "internal affairs" of the House included the service of alcohol and that in any event the Licensing Acts were, in their terms, "quite inapplicable to the House of Commons" (p. 602). In so holding, Lord Hewart "departed", as he admitted at p. 602, from the "observations of my illustrious predecessor, Lord Russell C.J., in *Williamson v. Norris* [[1899] 1 Q.B. 7, 12]". The facts of the case are readily distinguishable, of course. The impact of liquor services would be felt only by members of Parliament and their guests. The *Ex parte Herbert* case did not involve the exercise of powers to the disadvantage of non-members, where *Stockdale v. Hansard*, at p. 1192, requires more careful scrutiny.

« qu'un litige portant sur [. . .] le congédiement d'un préposé à l'entretien ne peut être tranché suivant la procédure ordinaire par une cour de justice ou par un tribunal industriel » (par. 241).

Il ressort clairement de ces observations que, au Royaume-Uni, la gestion du personnel appartenant à *certaines* catégories d'emploi serait assujettie à un privilège, mais seulement si un lien est établi entre la catégorie d'employés visés et l'exécution des fonctions de la Chambre en tant qu'assemblée législative et délibérante, y compris de sa tâche de demander des comptes au gouvernement. Un tel privilège serait d'une portée beaucoup moins vaste que celui qu'invoque en l'espèce les appelants.

Les appelants s'appuient également sur l'opinion exprimée par la Cour du Banc du Roi d'Angleterre dans *R. c. Graham-Campbell; Ex parte Herbert*, [1935] 1 K.B. 594. Dans cette affaire, le satiriste A. P. Herbert (auteur du livre intitulé *Uncommon Law* et d'autres parodies) a déposé une dénonciation contre quinze membres du Parlement et un employé de la Chambre pour avoir servi des boissons alcoolisées, sans permis, dans l'enceinte du Palais de Westminster. Dans une courte décision de cinq paragraphes, lord Hewart a conclu que servir de l'alcool relevait des « affaires internes » de la Chambre et que, de toute façon, compte tenu de son libellé, la législation sur les permis d'alcool [TRADUCTION] « ne pouvait guère s'appliquer à la Chambre des communes » (p. 602). En statuant en ce sens, lord Hewart « s'est écarté », comme il l'a lui-même admis à la p. 602, des [TRADUCTION] « propos de [son] illustre prédécesseur, le lord juge en chef Russell, dans *Williamson c. Norris* [[1899] 1 Q.B. 7, 12] ». Les faits peuvent, bien sûr, aisément être distingués. Ainsi, le fait de servir des boissons alcoolisées ne devrait avoir d'incidence que sur les membres de la Chambre et leurs invités. L'affaire *Ex parte Herbert* ne concernait pas l'exercice d'un pouvoir au détriment de non-parlementaires, alors que l'affaire *Stockdale c. Hansard*, p. 1192, mérite un examen attentif.

The appellants read *Ex parte Herbert* as authority for treating the precincts of Parliament as an "enclave" or "statute-free zone" immune, at least for purposes of the liquor licensing laws, from the ordinary laws of the land. I think this goes too far. The "enclave" theory was explicitly rejected by this Court in *New Brunswick Broadcasting*, as well as by the British Joint Committee Report, at para. 242.

Nevertheless, it is the decision of the Court of King's Bench in the *Ex parte Herbert* case that is cited by Maingot as the basis for his assertion that parliamentary privilege covers the management of all employees. Maingot writes:

> The courts, however, accept that they do not have any jurisdiction over the "internal proceedings" of the House of Commons or of the Senate or of a legislature. Apart from what takes place officially in the House and in committee, this also includes areas of administrative concern, such as the sale of liquor on the premises and the rights of employees in their relations with the House of Commons or Senate .... [p. 301]

In my view, with respect, Maingot's statement is too broad. It overgeneralizes from a case dealing with the authority of Members of Parliament to make their own arrangements for drinking alcohol, which is really of concern only to themselves, to an immunity in relation to the exercise of powers of dismissal over *all* categories of employees, whether in violation of the human rights standards established by Parliament itself, or otherwise. As noted in the British Joint Committee Report, while privilege is said to extend to the "internal affairs" of the House, "[t]his heading of privilege best serves Parliament if not carried to extreme lengths" (para. 241).

Lord Hewart's judgment has been the subject of considerable criticism. Professor R. F. V. Heuston calls the decision a "somewhat unsatisfactory judgment" (*Essays in Constitutional Law* (2nd ed. 1964), at p. 94). *Erskine May* comments that "Lord

64 Selon les appelants la décision *Ex parte Herbert* consacre le principe que l'enceinte du Parlement est une « enclave » ou une « zone franche » bénéficiant de l'immunité contre l'application du droit commun du pays, à tout le moins en ce qui concerne la législation sur les permis d'alcool. Je crois que cette affirmation va trop loin. Notre Cour, dans *New Brunswick Broadcasting*, et le rapport du comité mixte britannique, au par. 242, ont expressément rejeté la théorie de « l'enclave ».

65 Il reste que c'est la décision *Ex parte Herbert* rendue par la Cour du Banc du roi que cite Maingot pour appuyer son affirmation portant que le privilège parlementaire couvre la gestion de tous les employés. Maingot écrit :

> Cependant les tribunaux admettent qu'ils ne sont pas compétents en ce qui concerne les « délibérations internes » de la Chambre des communes, du Sénat ou d'une assemblée provinciale. Outre ce qui se passe officiellement à la Chambre et dans les comités, les délibérations comprennent aussi des questions d'ordre administratif comme la vente d'alcool dans l'enceinte du Parlement et les droits des employés dans leurs relations avec la Chambre ou le Sénat . . . [p. 314-315]

66 J'estime, en toute déférence, que l'énoncé de Maingot est trop large. Il généralise à l'excès en partant d'une décision sur le droit des membres du Parlement de prendre eux-mêmes des dispositions relativement à la consommation de boissons alcoolisées, qui ne concerne vraiment qu'eux, pour conclure à une immunité protégeant l'exercice du pouvoir de congédier *toutes* les catégories d'employés, même en violation des normes établies par le Parlement lui-même en matière de droits de la personne. Comme le souligne le rapport du comité mixte britannique, bien qu'on dise que le privilège parlementaire couvre les « affaires internes » de la Chambre, [TRADUCTION] « [c]e privilège sert mieux le Parlement s'il n'est pas porté à l'extrême » (par. 241).

67 La décision de lord Hewart a fait l'objet de nombreuses critiques. Le professeur R. F. V. Heuston dit qu'il s'agit d'une décision [TRADUCTION] « quelque peu insatisfaisante » (*Essays in Constitutional Law* (2e éd. 1964), p. 94). Dans *Erskine May*, on

Hewart CJ took a much more liberal view of the proper extent of the internal proceedings of the House than his predecessor in 1899" (23rd ed., at p. 189). The British Joint Committee Report itself commented as follows:

> This decision, which has not escaped criticism, has spawned difficulties and anomalies, mainly but not solely in the field of employment. . . . Parliamentary privilege exists to enable members to discharge their duties to the public. It cannot be right that this privilege should have the effect that Parliament itself, within the place it meets, is not required to comply with its own laws on matters such as health and safety, employment, or the sale of alcohol. [para. 250]
>
> . . .
>
> Whether the decision in the *A P Herbert* case was in accordance with earlier cases is not a matter we need pursue. The decision has never been considered in a higher court. For the purposes of this review, it is the practical consequences that matter. We consider the practical consequences of this decision are not satisfactory. [para. 251]

(It is useful at this point to note that the Chairman of the British Joint Committee was Lord Nicholls of Birkenhead, one of the Law Lords.)

68 An earlier Commons Privileges Committee looking into the showing of a film at Westminster, that was said to be banned on national security grounds (the *Zircon* affair), took a similarly dim view of the enclave theory:

> It might be thought . . . that the fact that something is done within the precincts of the House might afford that action some kind of immunity or protection of privilege. This would mean that the precincts of the House would somehow be treated as a sanctuary from the operation of the law, irrespective of whether the activities concerned were a proceeding in Parliament. . . . Your Committee can find no precedent for the House affording its Members any privileges on the *sole* ground that their activities were within the precincts . . . . The fact that the Zircon film was to be shown in the precincts

trouve le commentaire suivant : [TRADUCTION] « En ce qui concerne l'étendue des délibérations internes de la Chambre, le lord juge en chef Hewart a adopté une position beaucoup plus libérale que celle de son prédécesseur en 1899 » (23e éd., p. 189). Même dans le rapport du comité mixte britannique on peut lire :

> [TRADUCTION] Cette décision, qui n'a pas échappé à la critique, a créé des difficultés et des anomalies, principalement mais pas uniquement dans le domaine de l'emploi. [. . .] Le privilège parlementaire vise à permettre aux membres de remplir leurs obligations envers le public. Le privilège ne saurait faire en sorte que le Parlement lui-même, dans l'enceinte où il délibère, n'ait pas à se conformer à ses propres lois concernant par exemple la santé et la sécurité, l'emploi ou la vente d'alcool. [par. 250]
>
> . . .
>
> Nous n'avons pas à examiner la question de savoir si la décision *A P Herbert* est conforme à la jurisprudence antérieure. Aucun tribunal d'instance supérieure ne s'est prononcé sur cette décision. Dans le cadre de la présente étude, ce sont les conséquences pratiques qui importent. Or, nous estimons que les conséquences pratiques de cette décision ne sont pas satisfaisantes. [par. 251]

(Il est utile, à ce stade, de souligner que le comité mixte britannique était présidé par lord Nicholls of Birkenhead, un des lords juges.)

Un comité antérieur sur les privilèges de la Chambre se prononçant sur la projection, à Westminster, d'un film que l'on prétendait interdit pour des motifs de sécurité nationale (l'affaire *Zircon*), a exprimé une opinion semblable défavorable à la théorie de l'enclave :

> [TRADUCTION] On pourrait penser [. . .] que le fait qu'une chose soit faite dans l'enceinte de la Chambre peut lui conférer une certaine immunité ou lui garantir la protection découlant du privilège parlementaire. Cela signifierait que l'enceinte de la Chambre pourrait, d'une certaine manière, servir de sanctuaire à l'abri de l'application de la loi, indépendamment de la question de savoir si les activités en cause relèvent des travaux du Parlement. [. . .] Le comité n'a repéré aucun précédent permettant à la Chambre d'accorder à ses membres un privilège pour le *seul* motif que leurs activités ont été

therefore gave those responsible no privileged protection. [Emphasis in original.]

(U.K., House of Commmons, *First Report from the Committee of Privileges*, "Speaker's Order of 22 January 1987 on a Matter of National Security", at para. 17)

In my view, with respect, we should not accept as authoritative the *Ex parte Herbert* case as establishing an immunity covering all rights of all employees "in their relations with the House of Commons or Senate", as Maingot contends (p. 301). This is a point that Lord Hewart did not purport to decide and, given the criticism the *Ex parte Herbert* decision has received in the U.K. by Parliamentarians themselves (in some sense an admission against interest), I do not think it should be accepted here as resolving the point in dispute.

I conclude that British authority does not establish that the House of Commons at Westminster is immunized by privilege in the conduct of *all* labour relations with *all* employees irrespective of whether those categories of employees have any connection (or nexus) with its legislative or deliberative functions, or its role in holding the government accountable.

F. *Step Two: Can the Privilege Claimed by the Appellants Be Supported as a Matter of Principle Under the Necessity Test?*

I have already discussed the necessity test in an earlier section of this judgment and will not repeat that discussion here.

The employment roster of the House of Commons in 2005 is very different from that of 1867. In the early period, the House of Commons had only 66 permanent staff and 67 sessional employees. At present, according to the Human Resources Section of the House of Commons, there are 2377

exercées dans l'enceinte [. . .] Par conséquent, les personnes responsables de la projection du film de l'affaire Zircon ne bénéficiaient pas de la protection que confère le privilège parlementaire du simple fait que le film devait être projeté au sein de la Chambre. [En italique dans l'original.]

(R.-U., Chambre des communes, *First Report from the Committee of Privileges*, « Speaker's Order of 22 January 1987 on a Matter of National Security », par. 17)

69 À mon avis, avec toute la déférence qui s'impose, il ne faut pas considérer que la décision *Ex parte Herbert* fait autorité pour ce qui est de l'existence d'une immunité à l'égard de tous les droits de tous les employés « dans leurs relations avec la Chambre ou le Sénat », comme le prétend Maingot (p. 314-15). Il ne s'agit pas d'une question que lord Hewart entendait trancher et, compte tenu des critiques formulées au Royaume-Uni par les parlementaires eux-mêmes à l'endroit de cette décision (qui constituent en quelque sorte un aveu qui va contre leurs intérêts), je ne crois pas qu'elle doive être tenue pour avoir résolu le point en litige.

70 Je conclus que la jurisprudence britannique n'établit pas que la Chambre des communes de Westminster bénéficie de la protection du privilège parlementaire en ce qui concerne *toutes* ses relations de travail avec *tous* ses employés indépendamment de la question de savoir s'ils appartiennent à une catégorie d'employés ayant quelque chose à voir (un lien) avec les fonctions législatives ou délibératives de la Chambre ou avec sa tâche de demander des comptes au gouvernement.

F. *Deuxième étape : Le privilège invoqué par les appelants peut-il se justifier, sur le plan des principes, selon le critère de nécessité?*

71 J'ai déjà traité du critère de nécessité dans les présents motifs et je n'y reviendrai pas ici.

72 La composition du personnel de la Chambre des communes est fort différente en 2005 de ce qu'elle était en 1867. Au tout début, la Chambre des communes comptait seulement 66 employés permanents et 67 employés de session. À l'heure actuelle, selon la division des Ressources

employees. These include many departments and services unknown in 1867. The Library of Parliament alone employs 298 people, more than twice the total number of House employees in 1867. The Information Services for the House now has 573 employees. Not all of these greatly expanded services relate directly to the House's function as a legislative and deliberative body. Parliamentary Precinct Services employs over 800 staff including a locksmith, an interior designer, various curators, five carpenters, a massage therapist, two picture framers, a chief of parking operations and two traffic constables. Parliamentary Corporate Services includes several kitchen chefs, lesser cooks and helpers, three dishwashers/potwashers and other catering support staff. There is no doubt that the House of Commons regards *all* of its employees as helpful but the question is whether that definition of the scope of the privilege it asserts is too broad. Is the management of *all* employees, to use the words of the British Joint Committee Report, "so closely and directly connected with proceedings in Parliament that intervention by the courts would be inconsistent with Parliament's sovereignty as a legislative and deliberative assembly"? (para. 247) In other words, can it be said that immunity from outside scrutiny in the management of all service employees is such that without it, in the words of *Erskine May*, the House and its members "could not discharge their functions"? (23rd ed., at p. 75) As stated earlier, this is not the view from Westminster where the British Joint Committee Report said that ". . . [it] would be going too far if [privilege] were to mean, for example, that a dispute over the . . . dismissal of a cleaner could not be decided by a court or industrial tribunal in the ordinary way" (para. 241).

humaines de la Chambre des communes, celle-ci compte 2 377 employés. De nombreux services auxquels ils appartiennent n'existaient pas en 1867. La Bibliothèque du Parlement à elle seule emploie 298 personnes, soit plus du double du total des employés qui travaillaient pour la Chambre en 1867. Les services d'information de la Chambre des communes emploient aujourd'hui 573 personnes. La gamme des services offerts a beaucoup augmenté et ils n'ont pas tous un rapport direct avec les fonctions de la Chambre en tant qu'organe législatif et délibérant. Le Service de la cité parlementaire compte plus de 800 employés dont un serrurier, un designer d'intérieurs, divers conservateurs, cinq charpentiers, un massothérapeute, deux encadreurs de tableaux, un responsable du stationnement et deux agents de circulation. Parmi le personnel des services intégrés du Parlement, on compte plusieurs chefs des cuisines, des cuisiniers et des aide-cuisiniers, trois plongeurs/casseroliers et d'autres employés de soutien du service de la restauration. Certes, la Chambre des communes considère que *tous* ses employés sont utiles, mais il s'agit plutôt de savoir si, ainsi définie, l'étendue du privilège qu'elle revendique est trop vaste. La gestion de *tous* les employés est-elle, pour reprendre les termes du rapport du comité mixte britannique, [TRADUCTION] « si étroitement et si directement liée aux travaux du Parlement que l'intervention des cours de justice serait incompatible avec la souveraineté du Parlement en sa qualité d'assemblée législative et délibérante »? (par. 247) Autrement dit, selon le critère énoncé dans *Erskine May*, peut-on dire que, sans l'immunité contre tout examen externe de la gestion de tous les employés de soutien, la Chambre et ses membres [TRADUCTION] « ne pourraient s'acquitter de leurs fonctions »? (23e éd., p. 75) Comme je l'ai déjà indiqué, ce n'est pas l'opinion entretenue à Westminster, si l'on s'en remet au rapport du comité mixte britannique qui dit : [TRADUCTION] « . . . [on] irait trop loin si on interprétait [le privilège], par exemple, comme signifiant qu'un litige portant sur [. . .] le congédiement d'un préposé à l'entretien ne peut être tranché suivant la procédure ordinaire par une cour de justice ou par un tribunal industriel » (par. 241).

Nor is it the view from Australia where it was held that an injury to a waitress in a parliamentary restaurant was not part of the internal business of Parliament and was not protected by privilege: *Bear.*

Nor is it the view in the United States, whose Constitution guards the separation of powers at *least* as strictly as does our own. In *Walker v. Jones*, 733 F.2d 923 (1984), the U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit considered the application of the Speech or Debate Clause of the United States Constitution in the context of an employment-related discrimination complaint. Ms. Walker managed the House of Representatives' restaurants and claimed that she was terminated on the basis of sex discrimination. Ginsburg J., now of the U.S. Supreme Court, writing for the majority of the Federal Court of Appeals, stated that the purpose of the Speech or Debate Clause is "to secure against executive or judicial interference the processes of the nation's elected representatives leading up to the formulation of legislative policy and the enactment of laws" (p. 928). In finding that Ms. Walker's claim could proceed, the majority found that personnel actions relating to the management of congressional food services were "too remote from the business of legislating to rank 'within the legislative sphere'" (p. 928). Ginsburg J. pointed out that the work of this category of employees may advance a member's general welfare, but did not relate to his or her legislative functions. One must make due allowance, of course, for the fact that the United States has a congressional rather than a parliamentary system, but the conclusion that the claim exceeded what was necessary to a legislative body is consistent with the view taken in parliamentary jurisdictions.

73 Ce n'est pas non plus ce qu'on pense en Australie, où l'on a statué que le préjudice causé à une serveuse dans un restaurant du Parlement n'était pas une question relevant des affaires internes du Parlement et que la protection conférée par le privilège parlementaire ne pouvait être invoquée à cet égard : *Bear.*

74 Il en est de même aux États-Unis, dont la Constitution préserve la séparation des pouvoirs avec *autant sinon plus* de rigueur que la nôtre. Dans *Walker c. Jones*, 733 F.2d 923 (1984), la Cour d'appel des États-Unis (circuit du district de Columbia) a examiné l'application de la disposition relative à la liberté de discours ou de débat de la Constitution américaine dans le contexte d'une plainte relative à une conduite discriminatoire en milieu de travail. M^me^ Walker gérait les restaurants de la Chambre des représentants et elle a prétendu que son congédiement constituait un acte discriminatoire fondé sur le sexe. La juge Ginsburg, maintenant juge à la Cour suprême des États-Unis, s'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale, a affirmé que l'objet de la disposition relative à la liberté de discours ou de débat est [TRADUCTION] « de garantir que les pouvoirs exécutif et judiciaire ne s'immiscent pas dans le processus par lequel les représentants élus formulent des politiques législatives et édictent des lois » (p. 928). Statuant que la plainte de M^me^ Walker pouvait être entendue, les juges majoritaires ont conclu que les actions en matière de ressources humaines concernant la gestion des services de restauration du Congrès étaient [TRADUCTION] « trop éloignés de l'activité législative pour être du "domaine législatif" » (p. 928). La juge Ginsburg a souligné que le travail exécuté par cette catégorie d'employés pouvait contribuer au bien-être général d'un membre de la Chambre, mais qu'il n'avait rien à voir avec l'exercice de ses fonctions législatives. Bien sûr, il faut tenir dûment compte du fait que les États-Unis sont dotés d'un régime présidentiel et non d'un régime parlementaire, mais la conclusion selon laquelle la revendication allait au-delà de ce qui est nécessaire au fonctionnement d'un organe législatif est compatible avec la position adoptée dans les pays dotés d'un régime parlementaire.

75 I have no doubt that privilege attaches to the House's relations with *some* of its employees, but the appellants have insisted on the broadest possible coverage without leading any evidence to justify such a sweeping immunity, or a lesser immunity, or indeed any evidence of necessity at all. We are required to make a pragmatic assessment but we have been given no evidence on which a privilege of more modest scope could be delineated. As pointed out 166 years ago in *Stockdale v. Hansard*:

> The burden of proof is on those who assert [the privilege] and, for the purposes of this cause, the proof must go to the whole of the proposition . . . . [Emphasis added; p. 1201.]

In any event, it would not be fair to the respondent Vaid to substitute at this stage a description of a narrower privilege that he was not called upon to address.

76 The appellants having failed to establish the privilege in the broad and all-inclusive terms asserted, the respondents are entitled to have the appeal disposed of according to the ordinary employment and human rights law that Parliament has enacted with respect to employees within federal legislative jurisdiction.

G. *Do Parliamentary Employees Fall Within the Scope of the Canadian Human Rights Act?*

77 The *Canadian Human Rights Act* is the Act dealing with prohibitions and enforcement and is divided into four parts. Part I sets out the prohibited grounds of discrimination. Part II establishes the Canadian Human Rights Commission. Part III describes discriminatory practices and sets out general provisions for investigation, conciliation, settlement, adjudication, compensation and punishment. Part IV makes the Act "binding on Her Majesty in right of Canada".

78 Part III is of particular relevance, because it is these investigative and enforcement provisions that

Je ne doute aucunement que le privilège protège les relations entre la Chambre et *certains* de ses employés, mais les appelants ont tenu à invoquer le privilège le plus large possible, et ce, sans présenter de preuve justifiant une immunité aussi générale, ou de moindre portée, ni même, en fait, quelque preuve que ce soit de l'élément de nécessité. Nous devons faire une évaluation pragmatique, mais nous ne disposons d'aucun élément de preuve nous permettant de circonscrire un privilège d'une étendue plus modeste. Ainsi qu'on l'a souligné il y a 166 ans dans *Stockdale c. Hansard* :

> [TRADUCTION] Le fardeau de la preuve incombe à la partie qui revendique [le privilège] et tous les éléments de l'allégation doivent être étayés par la preuve . . . [Je souligne; p. 1201.]

De toute façon, il serait injuste pour l'intimé, M. Vaid, que la Cour considère à ce stade un privilège d'une étendue moindre, étant donné qu'il n'a pas eu la possibilité de faire valoir son point de vue à ce sujet.

Les appelants n'ayant pas établi l'existence du privilège étendu et englobant qu'ils revendiquent, les intimés ont droit à ce que le pourvoi soit tranché sur le fondement des lois ordinaires que le Parlement a édictées en matière de relations de travail et de droits de la personne pour les employés relevant de la compétence législative fédérale.

G. *La Loi canadienne sur les droits de la personne s'applique-t-elle aux employés du Parlement?*

La *Loi canadienne sur les droits de la personne* est le texte législatif qui crée des interdictions et établit les mécanismes d'application de la loi. Elle comporte quatre parties. La partie I énonce les motifs de distinction illicite. La partie II établit la Commission canadienne des droits de la personne. La partie III décrit les actes discriminatoires et édicte des dispositions générales concernant les enquêtes, la conciliation, les règlements, les décisions, l'indemnisation et les peines. La partie IV prévoit que la loi « lie Sa Majesté du chef du Canada ».

La partie III est particulièrement pertinente, parce que ce sont les dispositions qu'elle contient

give rise to the appellants' concern about the potential intrusion of strangers into the workings of the House of Commons. Under s. 43(2), an investigator is designated to investigate the complaint. If the investigator is unable to resolve the issues, the Commission may refer the dispute to a "conciliator" under s. 47(1). If there is no settlement, the matter then goes on to a Canadian Human Rights Tribunal which has broad powers under s. 48.9 to enforce an employer's participation in its hearings. Under s. 54.1(2), a tribunal could require the House of Commons "to adopt a special program, plan or arrangement" containing "(*a*) positive policies and practices designed to ensure that members of designated groups achieve increased representation in the employer's workforce; or (*b*) goals and timetables for achieving that increased representation".

relativement aux enquêtes et aux mécanismes d'application de la loi qui font craindre aux appelants la possibilité d'une ingérence « externe » dans le fonctionnement de la Chambre des communes. Le paragraphe 43(2) prévoit qu'un enquêteur peut être désigné pour enquêter sur une plainte. Si l'enquêteur ne parvient pas à régler les questions en litige, la Commission peut renvoyer l'affaire à un « conciliateur » en application du par. 47(1). À défaut d'un règlement, l'affaire est renvoyée au Tribunal canadien des droits de la personne, auquel l'art. 48.9 confère de larges pouvoirs lui permettant de contraindre l'employeur à participer à l'instruction. Le tribunal pourrait, en vertu du par. 54.1(2), ordonner à la Chambre des communes « d'adopter un programme, plan ou arrangement comportant des règles et usages positifs destinés à corriger la sous-représentation des membres des groupes désignés dans son effectif ou des objectifs et calendriers à cet effet ».

On the face of it, the *Canadian Human Rights Act* applies to all employees of the federal government including those working for Parliament. Section 2 provides as follows:

79 De prime abord, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'applique à tous les employés de l'administration fédérale, y compris ceux qui travaillent pour le Parlement. L'article 2 est libellé comme suit :

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée.

The appellants argue that the *Canadian Human Rights Act* "has no application to the House of Commons and its members because it does not so expressly provide" (*Duke of Newcastle v. Morris*). This argument cannot be accepted for a number of reasons. Firstly, the argument presupposes the prior establishment of a parliamentary privilege, which has not been done. Secondly, the "presumption" suggested by Lord Hatherley 135 years ago is out

80 Les appelants soutiennent que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* « ne s'applique pas à la Chambre des communes et à ses membres parce qu'elle ne contient pas de disposition expresse à cet effet » (*Duke of Newcastle c. Morris*). Cet argument ne peut être retenu, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, il présuppose que l'existence d'un privilège parlementaire a déjà été établie, ce qui n'est pas le cas. Deuxièmement, la « présomption »

of step with modern principles of statutory interpretation accepted in Canada, as set out in Driedger's *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983):

> Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. [p. 87]

This approach was recently affirmed in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26, and *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 33, and is reinforced by s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which provides that every enactment "is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects". Such interpretative principles apply with special force in the application of human rights laws.

81 There is no indication in the language of s. 2 that the *Canadian Human Rights Act* was not intended to extend to employees of Parliament. There is no reason to think that Parliament "intended" to impose human rights obligations on every federal employer except itself. There is no indication that Parliament intended to exclude its own employees when it stated, in s. 2 of the *Canadian Human Rights Act*, that

> all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

As stated earlier, the *Canadian Human Rights Act* is a quasi-constitutional document and we should affirm that any exemption from its provisions must be clearly stated.

évoquée par lord Hatherley, il y a 135 ans, va à l'encontre des principes contemporains d'interprétation des lois reconnus au Canada, tel que Driedger les décrit dans *Construction of Statutes* (2e éd. 1983) :

> [TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. [p. 87]

Cette approche a récemment été confirmée dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26, et dans *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 33. De plus, elle est renforcée par l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui prévoit que tout texte « est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ». Ces principes d'interprétation s'appliquent avec une rigueur particulière dans le cadre de l'application des lois relatives aux droits de la personne.

Rien dans le libellé de l'art. 2 n'indique que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'était pas censée s'appliquer aux employés du Parlement. Il n'existe aucune raison de croire que le Parlement avait « l'intention » d'imposer des obligations en matière de droits de la personne à tous les employeurs fédéraux, à l'exception de lui-même. Rien n'indique que le Parlement avait l'intention d'exclure ses propres employés lorsqu'il a énoncé à l'art. 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* que

> le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée.

Comme je l'ai souligné précédemment, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est un texte quasi constitutionnel, qui commande que toute exception à son application soit énoncée clairement.

I conclude therefore that the *Canadian Human Rights Act* does apply to employees of the Senate and House of Commons. That is not an end to the matter, of course. The appellants contend that Parliament has created a specific regime governing the labour relations of its own employees under PESRA. The appellants argue that the complaint of the respondent Vaid falls within the terms of PESRA, to which Parliament has granted exclusive authority in such matters. This is what I referred to earlier as the administrative law argument.

Par conséquent, je conclus que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'applique aux employés du Sénat et de la Chambre des communes. Évidemment, cela ne règle pas la question. Les appelants font valoir que le Parlement, en édictant la LRTP, a créé un régime particulier qui régit les relations de travail avec ses propres employés. Ils soutiennent que la plainte de l'intimé Vaid est régie par la LRTP, que le Parlement a déclarée applicable à ces questions à l'exclusion de toute autre loi. C'est cette prétention que j'ai décrite plus tôt comme relevant du droit administratif. 82

H. *Application of the Parliamentary Employment and Staff Relations Act*

H. *Application de la Loi sur les relations de travail au Parlement*

PESRA confers labour relations' jurisdiction over employees like the respondent Vaid, the subject matter of his grievance (discrimination) and the remedial powers to resolve such a grievance. The issue is whether PESRA's system of redress, which runs parallel to the enforcement machinery provided under the *Canadian Human Rights Act*, manifests a parliamentary intention to oust the dispute resolution machinery of the Canadian Human Rights Commission. I conclude that it does.

La LRTP est la loi attributive de compétence en matière de relations de travail relativement aux employés comme M. Vaid, à l'objet de son grief (la discrimination) et à l'octroi d'une réparation permettant de régler un tel différend. Il s'agit maintenant de déterminer si le mécanisme de règlement des différends prescrit par la LRTP, qui coexiste avec le mécanisme de règlement prévu par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, témoigne de l'intention du législateur d'écarter le processus relevant de la Commission canadienne des droits de la personne. Je conclus que tel est le cas. 83

(1) Jurisdiction Over Parliamentary Employees in the Position of Mr. Vaid

(1) Compétence à l'égard des employés du Parlement occupant un poste comme celui de M. Vaid

Section 2 of PESRA in its terms applies to all parliamentary employees with some exceptions (s. 4) not here relevant. Section 2 provides:

Suivant le libellé de l'art. 2, la LRTP s'applique à tous les employés du Parlement, sauf certaines exceptions (art. 4) qui ne sont pas pertinentes en l'espèce. L'article 2 est reproduit ci-dessous : 84

2. Subject to this Act, this Act applies to and in respect of every person employed by, and applies to and in respect of,

(*a*) the Senate, the House of Commons or the Library of Parliament, and

(*b*) a Member of Parliament who, in that capacity, employs that person or has the direction or control of staff employed to provide research or associated services to the caucus members of a political party represented in Parliament . . . .

2. La présente loi, sous réserve de ses autres dispositions, s'applique, d'une part, aux personnes attachées dans leur travail, comme employés, au Sénat, à la Chambre des communes, à la Bibliothèque du Parlement ou à des parlementaires, d'autre part à ces institutions et aux parlementaires qui, ès qualités, les emploient ou qui ont sous leur direction ou leur responsabilité des documentalistes ou des personnes chargées de fonctions similaires affectés au service des membres de groupes parlementaires, ainsi qu'à ces documentalistes ou personnes; . . .

The respondent Vaid is such an employee.

(2) PESRA Applies to the Subject Matter of the Respondent Vaid's Grievance

85 PESRA is intended to enforce a full range of employee rights and benefits. Section 5(1) announces that

5. (1) The purpose of this Part is to provide to certain persons employed in Parliamentary service collective bargaining and other rights in respect of their employment.

86 Section 62(1)(*a*)(i) of PESRA permits any employee who feels aggrieved by the interpretation or application of "a provision of a statute" to present a grievance. Reference to a "provision of a statute" would include the human rights norms set out in the *Canadian Human Rights Act*. For ease of reference, s. 62(1) in its entirety reads as follows:

62. (1) Where any employee feels aggrieved

(*a*) by the interpretation or application, in respect of the employee, of

(i) a provision of a statute, or of a regulation, by-law, direction or other instrument made or issued by the employer, dealing with terms and conditions of employment, or

(ii) a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

(*b*) as a result of any occurrence or matter affecting the employee's terms and conditions of employment, other than a provision described in subparagraph (*a*)(i) or (ii),

the employee is entitled, subject to subsection (2), to present the grievance at each of the levels, up to and including the final level, in the grievance process provided for by this Part.

87 It was therefore open to the respondent Vaid to submit a grievance under PESRA in 1997 as did in 1995 (with partial success) to pursue his workplace complaints.

L'intimé M. Vaid répond à la description des employés visés.

(2) La LRTP s'applique à l'objet du grief de l'intimé M. Vaid

La LRTP vise à assurer le respect d'un ensemble complet de droits et d'avantages conférés aux employés. Le paragraphe 5(1) dispose :

5. (1) La présente partie a pour objet d'assurer à certaines personnes affectées aux services parlementaires certains droits, dont celui de négociation collective, dans le cadre de leur emploi.

Selon le sous-al. 62(1)*a*)(i) de la LRTP, tout employé qui se sent lésé par l'interprétation donnée à une « une disposition législative » ou par son application peut présenter un grief. Le terme « disposition législative » englobe les normes établies par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en matière de droits fondamentaux. Par souci de commodité, le par. 62(1) est reproduit ci-dessous :

62. (1) Sous réserve du paragraphe (2), l'employé a le droit de présenter un grief à tous les paliers de la procédure prévue à cette fin par la présente partie, lorsqu'il s'estime lésé :

a) par l'interprétation ou l'application à son égard :

(i) soit d'une disposition législative, d'un règlement — administratif ou autre —, d'une instruction ou d'un autre acte pris par l'employeur concernant les conditions d'emploi,

(ii) soit d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale;

b) par suite de tout fait autre que ceux mentionnés aux sous-alinéas *a*)(i) ou (ii) et portant atteinte à ses conditions d'emploi.

En 1997, M. Vaid pouvait donc déposer un grief sous le régime de la LRTP, comme il l'avait fait en 1995 (obtenant partiellement gain de cause), afin qu'il soit donné suite à ses plaintes en matière de relations de travail.

(3) The Remedial Powers of a PESRA Adjudicator

While the respondent Vaid's complaints do not specify the relief he seeks (appellants' record, at pp. 247-50), PESRA adjudicators are invested with broad powers to resolve workplace grievances. The relief sought by the respondent Vaid in 1995 was reinstatement. The PESRA adjudicator ordered reinstatement once. If the respondent Vaid's complaint of constructive dismissal is well-founded, a PESRA adjudicator has authority to do so again. The PESRA adjudicator also considered (and rejected) the respondent Vaid's earlier complaints of discrimination and harassment, as mentioned above. Those, too, were issues that could be *and were* dealt with under PESRA.

(4) PESRA Jurisdiction Is Exclusive

Section 2 of PESRA provides that where other federal legislation deals with "matters similar to those provided for under" PESRA, PESRA prevails, i.e.,

> . . . except as provided in this Act, nothing in any other Act of Parliament that provides for matters similar to those provided for under this Act . . . shall apply . . . .

I. *Does Labour Adjudication Under PESRA Oust the Investigative and Dispute Resolution Machinery of the Canadian Human Rights Act on the Facts of This Case?*

I have concluded, as stated, that the *Canadian Human Rights Act* anti-discrimination norms are applicable to parliamentary employees. The remaining question is whether the investigatory and adjudicatory *Canadian Human Rights Act* procedures also apply as the respondents contend, or whether the respondent Vaid is obliged to seek relief under PESRA.

(3) Les pouvoirs de réparation de l'arbitre nommé sous le régime de la LRTP

88 Les plaintes de M. Vaid ne précisent pas quelle est la réparation recherchée (dossier des appelants, p. 247-250), mais il reste que les arbitres nommés en vertu de la LRTP sont investis de larges pouvoirs en ce qui concerne la résolution des différends en matière de relations de travail. En 1995, M. Vaid demandait à être réintégré dans ses fonctions. L'arbitre nommé en vertu de la LRTP a ordonné sa réintégration une première fois. Si la plainte de M. Vaid pour congédiement indirect est bien-fondée, un arbitre nommé en vertu de la LRTP a compétence pour le réintégrer à nouveau. L'arbitre a aussi examiné (et rejeté) les plaintes antérieures de discrimination et de harcèlement déposées par M. Vaid. Ces questions pouvaient elles aussi être tranchées sous le régime de la LRTP et elles l'ont *effectivement été.*

(4) La compétence que confère la LRTP est exclusive

89 L'article 2 de la LRTP prévoit que, lorsque d'autres lois fédérales régissent des « questions semblables à celles que réglementent » les dispositions de la LRTP, celles-ci l'emportent :

> . . . sauf disposition expresse de la présente loi, les autres lois fédérales qui réglementent des questions semblables à celles que réglement[e] la présente loi [. . .] n'ont aucun effet . . .

I. *La procédure d'arbitrage dans les relations de travail prescrite par la LRTP exclut-elle le recours aux mécanismes d'enquête et de règlement établis par la Loi canadienne sur les droits de la personne dans le contexte factuel du présent pourvoi?*

90 Je conclus, comme je l'ai déjà indiqué, que les normes antidiscrimination de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'appliquent aux employés du Parlement. Il reste à décider si la procédure d'enquête et le processus décisionnel prévus à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'appliquent également, comme les intimés le prétendent, ou si l'intimé Vaid doit obligatoirement demander réparation sous le régime de la LRTP.

91 The Court has in a number of cases been required to examine competing legislative schemes to determine which of the potential adjudicative bodies is intended by the legislature to resolve a dispute. Mr. Vaid's claim of workplace discrimination and harassment could potentially fall under both PESRA and the *Canadian Human Rights Act*. The allegation of jurisdiction in such circumstances is a familiar administrative law problem, even in the context of human rights tribunals (see *Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)*, [2004] 2 S.C.R. 223, 2004 SCC 40 ("*Charette*"), and *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39 ("*Morin*")).

92 In the *Morin* case, the Chief Justice said, at para. 14:

> . . . the question in each case is whether the relevant legislation applied to the dispute at issue, taken in its full factual context, establishes that the labour arbitrator has exclusive jurisdiction over the dispute.

93 The fact that the respondent Vaid claims violations of his human rights does not automatically steer the case to the Canadian Human Rights Commission because "one must look not to the legal characterization of the wrong, but to the facts giving rise to the dispute" (*Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, at para. 49; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, at p. 721).

94 In this case, the complaint against the House of Commons alleges dismissal and discrimination. The "facts giving rise to the dispute", as set out in the complaint, make only one explicit reference to the respondent Vaid's ethnic origin, namely that "[the Speaker] initiated a conversation about the caste system in India. He pressed me to tell him into which caste I had been born" (appellants' record, at p. 247). Other than that, the respondent Vaid relates a number of events in the course of his employment which, on the face of it, allege demeaning or unreasonable treatment inconsistent with the alleged

La Cour a déjà été appelée dans plusieurs affaires à examiner des régimes législatifs concurrents pour déterminer par laquelle des instances juridictionnelles susceptibles de connaître du litige le législateur avait voulu que l'affaire soit tranchée. La plainte de discrimination et de harcèlement au travail faite par M. Vaid pourrait relever à la fois de la LRTP et de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Les allégations de compétence en pareilles circonstances sont un problème courant en droit administratif, même en ce qui concerne les tribunaux des droits de la personne (voir *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, [2004] 2 R.C.S. 223, 2004 CSC 40 (« *Charette* »), et *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39 (« *Morin* »)).

Dans *Morin*, la Juge en chef dit ce qui suit au par. 14 :

> Il faut [. . .] se demander dans chaque cas si la loi pertinente, appliquée au litige considéré dans son contexte factuel, établit que la compétence de l'arbitre en droit du travail est exclusive.

Ce n'est pas parce que M. Vaid prétend que ses droits fondamentaux ont été violés que sa cause est nécessairement du ressort de la Commission canadienne des droits de la personne étant donné qu'« il faut s'attacher non pas à la qualité juridique du tort, mais aux faits qui donnent naissance au litige » (*Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, par. 49; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704, p. 721).

En l'espèce, la plainte formulée contre la Chambre des communes contient des allégations de congédiement et de discrimination. L'exposé des « faits qui donnent naissance au litige » figurant dans la plainte ne renvoie expressément qu'une fois à l'origine ethnique de l'intimé Vaid, soit lorsqu'il précise que [TRADUCTION] « [le président de la Chambre] a entamé avec moi une conversation sur le système des castes en Inde. Il insistait pour savoir à quelle caste j'appartenais à la naissance » (dossier des appelants, p. 247). Pour le reste, M. Vaid fait état de plusieurs événements survenus

terms of employment. The respondent Vaid takes the view that this behaviour was *motivated* by racial prejudice. His allegations are specific to the former Speaker and his Executive Assistant, i.e.:

- [The appellant Speaker] suggested that I was overqualified for the position.
- [The appellant Speaker] questioned my wife regarding her employment and made her feel as though he was trying to assess whether she could financially support me in the event that I lost my job.
- While I was driving the [appellant Speaker] in February 1994, he initiated a conversation about the caste system in India. He pressed me to tell him into which caste I had been born.
- [The Speaker's Executive Assistant] indicated that because of budgetary cuts, he wanted to place me on a split shift and asked me to take on additional duties, including washing dishes. I responded that I would work a split shift, and I would wash dishes if he could demonstrate that other chauffeurs were also asked to take on this duty.
- In March 1994, I started wearing a soft cervical collar on the job, necessitated by a whiplash injury suffered earlier in the year. On March 25, 1994, the Executive Assistant advised me that I was not to drive the [appellant Speaker] while wearing the collar. My driving duties were taken away and assigned to a white, unilingual (English) employee.
- On October 14, 1994, the [appellant House of Commons] contacted me to offer me work as a photocopier operator, a messenger or a mini-van operator. Alternatively, I was offered a severance package. I advised the [appellant House of Commons] that I wished to be reinstated to my position as chauffeur to the Speaker immediately.

au cours de son emploi qui, à première vue, révèlent un traitement dégradant et déraisonnable contraire à ses prétendues conditions d'emploi. L'intimé Vaid estime que ce comportement était *motivé* par des préjugés raciaux. Ses allégations visent directement l'ancien président de la Chambre et son adjoint administratif :

[TRADUCTION]

- [Le président de la Chambre, appelant,] a laissé entendre que j'étais trop qualifié pour occuper le poste.
- [Le président de la Chambre, appelant,] a questionné ma femme à propos de son emploi et lui a donné à penser qu'il tentait d'évaluer si elle était en mesure de me soutenir financièrement si je devais perdre mon emploi.
- En 1994, pendant que je conduisais la voiture [du président de la Chambre, appelant], il a entamé avec moi une conversation concernant le système des castes en Inde. Il insistait pour savoir à quelle caste j'appartenais à la naissance.
- [L'adjoint administratif du président de la Chambre] m'a laissé savoir qu'en raison de réductions budgétaires, il voulait m'attribuer un poste fractionné et il m'a demandé d'effectuer des tâches supplémentaires, entre autres de laver la vaisselle. J'ai répondu que j'étais prêt à occuper un poste fractionné et que je laverais la vaisselle s'il pouvait faire la preuve qu'on avait demandé à d'autres chauffeurs d'en faire autant.
- En mars 1994, j'ai commencé à porter un collier cervical souple au travail, en raison d'un coup de fouet cervical que j'avais subi plus tôt la même année. Le 25 mars 1994, l'adjoint administratif du président de la Chambre m'a informé que je ne pouvais porter ce collier lorsque je conduisais la voiture [du président de la Chambre, appelant]. Mes tâches de chauffeur ont été assignées à un employé unilingue (anglais) de race blanche.
- Le 14 octobre 1994, [la Chambre des communes, appelante,] a communiqué avec moi pour m'offrir du travail à titre d'opérateur de photocopieur, de messager ou de chauffeur de mini-fourgonnette. On m'a aussi donné la possibilité d'accepter une indemnité de départ. J'ai dit à la [Chambre des communes, appelante,] que je voulais être réintégré sans délai dans mon poste de chauffeur du président de la Chambre.

- Since my driving duties were taken away from me in March 1994, they have been carried out by two other employees, both of whom are white.
- I believe that my right to equal treatment in employment has been infringed upon by the respondent because of my race, colour and ethnic or national origin. [Appellants' record, at pp. 247-50]

There is nothing here, in my respectful opinion, to lift these complaints out of their specific employment context.

95 It is true, as the respondents submit, that PESRA is essentially a collective bargaining statute rather than a human rights statute. The substantive human rights norms set out in the *Canadian Human Rights Act* are not set out in PESRA. Nevertheless, PESRA permits employees who complain of discrimination to file a grievance and to obtain substantive relief. I do not suggest that all potential claims to relief under the *Canadian Human Rights Act* would be barred by s. 2 of PESRA, but in the present type of dispute, there is clearly a measure of duplication in the two statutory regimes and the purpose of s. 2 is to avoid such duplication. Parliament has determined that grievances of employees covered by PESRA are to be dealt with under PESRA. A grievance that raises a human rights issue is nevertheless a grievance for purposes of employment or labour relations (see *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42).

96 The respondents point out some drawbacks, from the employee's perspective, in PESRA. For example, while judicial review is available (see, e.g., *Auclair v. Library of Parliament* (2002), 222 F.T.R. 124, 2002 FCT 777), enforcement of a valid award is done by filing a copy of the adjudicator's or Board's order, a report of the circumstances and all pertinent documents with the relevant House of Parliament

- Les deux employés qui ont exercé mes fonctions de chauffeur depuis qu'on m'en a relevé en mars 1994 sont tous deux de race blanche.
- Je crois que la défenderesse a porté atteinte à mon droit à un traitement égal en matière d'emploi, et ce, en raison de ma race, de ma couleur et de mon origine nationale ou ethnique. [Dossier des appelants, p. 247-250]

À mon humble avis, rien de ce qui précède ne justifie que les plaintes de M. Vaid soient considérées dans un autre contexte que leur contexte de relations de travail.

Il est vrai que, comme les intimés le soutiennent, la LRTP est essentiellement une loi en matière de négociation collective plutôt qu'une loi sur les droits de la personne. Les règles de fond énoncées dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en matière de droits fondamentaux ne figurent pas dans la LRTP. Celle-ci permet néanmoins aux employés qui se plaignent d'avoir été victimes de discrimination de déposer un grief et d'obtenir une réparation substantielle. Cela ne veut pas dire que toutes les demandes éventuelles visant à obtenir réparation sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* seraient exclues par application de l'art. 2 de la LRTP. Toutefois, dans le type de différend qui fait l'objet du présent pourvoi, il y a manifestement un certain chevauchement entre les deux régimes législatifs, et l'objet de l'art. 2 est d'éviter pareil chevauchement. Le législateur a prévu que les griefs des employés visés par la LRTP devaient être présentés et réglés sous le régime de la LRTP. Le grief qui soulève une question relative aux droits de la personne demeure un grief en matière d'emploi ou de relations de travail (voir *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42).

Les intimés mettent en relief certains désavantages que comporte la LRTP du point de vue des employés. À titre d'exemple, s'il est possible de recourir au contrôle judiciaire (voir notamment *Auclair c. Bibliothèque du Parlement*, [2002] A.C.F. nº 1054 (QL), 2002 CFPI 777), il reste que, pour faire exécuter une ordonnance, il faut déposer auprès de la Chambre concernée une copie de la

(PESRA, s. 14). It is ultimately up to that House to enforce such orders. A similar system operates for federal public servants generally (see *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. P-35). This may be considered an unsatisfactory arrangement by the respondents but Parliament has provided in PESRA how it intends its staff employment grievances to be dealt with. Under our jurisprudence, Parliament is entitled to have that assignment of jurisdiction respected (*Weber*; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board*; *Goudie v. Ottawa (City)*, [2003] 1 S.C.R. 141, 2003 SCC 14).

The respondents also contend that while PESRA may be able to respond to Mr. Vaid's particular complaint of workplace discrimination and harassment, the Canadian Human Rights Tribunal is better placed than a PESRA adjudicator to address broader issues such as systemic discrimination, including compliance with the pay equity requirements of s. 11 of the *Canadian Human Rights Act*. They cite *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Airlines International Ltd.*, [2004] 3 F.C.R. 663, 2004 FCA 113, where this provision of the *Canadian Human Rights Act* was considered. That is not this case. Such an argument raises a different issue in a different context. In *Morin* itself, the terms of the collective agreement were under attack as discriminatory. The dispute was therefore allowed to proceed before the Quebec Human Rights Tribunal. In *Charette*, the nature of the dispute was different, the statutory language more specific, and the proceedings before the Quebec Human Rights Tribunal were stopped. Instead, the dispute was referred to the Commission des affaires sociales. This is not an area of the law that lends itself to overgeneralization.

décision de l'arbitre ou de la Commission, selon le cas, un rapport circonstancié et tous les documents pertinents (LRTP, art. 14). Il revient en bout de ligne à la Chambre d'assurer l'exécution de ces ordonnances. Un système analogue a été mis en place pour les fonctionnaires fédéraux en général (voir la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-35). Les intimés peuvent juger ce mécanisme insatisfaisant, mais le Parlement a établi dans la LRTP le processus qu'il souhaitait voir appliqué pour régler les griefs de ses employés. Selon notre jurisprudence, le Parlement a droit au respect de cette attribution de compétence (*Weber*; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux*; *Goudie c. Ottawa (Ville)*, [2003] 1 R.C.S. 141, 2003 CSC 14).

97 Les intimés soutiennent également que, même s'il est possible que la LRTP puisse répondre à la plainte de M. Vaid pour discrimination et harcèlement en milieu de travail, le Tribunal canadien des droits de la personne est mieux placé qu'un arbitre nommé sous le régime de la LRTP pour trancher des questions de portée plus générale, comme la discrimination systémique, y compris le respect de la parité salariale exigé par l'art. 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Ils citent à ce sujet l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Lignes aériennes Canadien International Ltée*, [2004] 3 R.C.F. 663, 2004 CAF 113, dans lequel cette disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a été examinée. La présente affaire est tout autre. L'argument des intimés soulève une question différente de celle qui nous est soumise en l'espèce et qui s'inscrit dans un contexte tout aussi différent. Dans *Morin*, le libellé de la convention collective était contesté parce que censément discriminatoire. Pour cette raison, la Cour a statué que le Tribunal des droits de la personne du Québec pouvait entendre la plainte. Dans *Charette*, il s'agissait d'un autre type de différend, le texte de la loi en cause était plus précis et l'instance devant le Tribunal des droits de la personne du Québec a été interrompue. Le différend a plutôt été renvoyé à la Commission des affaires sociales. Il ne s'agit pas d'un domaine du droit qui se prête à une trop grande généralisation.

98 In this case, we are not dealing with an allegation of systemic discrimination. We are dealing with a single employee who says he was wrongfully dismissed against a background of alleged discrimination and harassment. A different dispute may involve different considerations that may lead to a complaint properly falling under the jurisdiction of the Canadian Human Rights Commission. But that is not this case.

99 The respondents also submit that, under s. 41(1) of the *Canadian Human Rights Act*, it is for the Commission not Parliament to determine whether "the complaint is one that could more appropriately be dealt with, initially or completely, according to a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act". However, this approach presupposes that the enforcement machinery of the *Canadian Human Rights Act* applies. If, as I conclude, it has been ousted by s. 2 of PESRA with respect to this dispute, then s. 41, along with the other enforcement mechanisms of the *Canadian Human Rights Act*, simply do not apply to the respondent Vaid's present complaint.

100 In the result Mr. Vaid's workplace complaints ought to have been considered in 1997 as they were (with partial success) in 1995, by way of a grievance under PESRA.

V. Disposition

101 The appeal is allowed without costs. The constitutional question is answered as follows:

Q. Is the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, constitutionally inapplicable as a consequence of parliamentary privilege to the House of Commons and its members with respect to parliamentary employment matters?

A. Given the broad terms in which this question is put, the answer is no. The definition of a more limited category of privilege, and the extent to which it may provide immunity from the *Canadian Human Rights Act*, if at all, must

Dans le présent pourvoi, nous n'avons pas à nous prononcer sur une allégation de discrimination systémique. Nous faisons plutôt face à un seul employé qui dit avoir été congédié injustement dans un prétendu contexte de discrimination et de harcèlement. Il est possible qu'un litige d'une autre nature soulève des questions d'un autre ordre pouvant donner lieu à une plainte qui relève à juste titre de la compétence de la Commission canadienne des droits de la personne. Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce.

Les intimés avancent de plus qu'en vertu du par. 41(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, il revient à la Commission et non au Parlement de décider si « la plainte [peut] avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi fédérale ». Toutefois, ce raisonnement présuppose que les mécanismes d'application de la loi établis par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'appliquent. Si, comme je le conclus, le recours à ces mécanismes est exclu par l'art. 2 de la LRTP pour ce qui est du présent différend, l'art. 41, à l'instar des autres mécanismes d'application de la loi établis par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, ne s'applique tout simplement pas à la plainte de l'intimé, M. Vaid.

En conséquence, M. Vaid aurait dû, en 1997, soumettre ses plaintes en matière de relations de travail par voie de grief sous le régime de la LRTP comme il l'avait fait (obtenant partiellement gain de cause) en 1995.

V. Dispositif

Le pourvoi est accueilli sans dépens. La question constitutionnelle reçoit la réponse suivante :

Q. La *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, est-elle, du fait d'un privilège parlementaire, constitutionnellement inapplicable à la Chambre des communes et à ses membres en ce qui a trait aux relations de travail au Parlement?

R. La question étant posée en termes très larges, nous y répondons par la négative. Pour définir une catégorie de privilège parlementaire plus restreinte, et établir dans quelle mesure un tel privilège peut, le cas échéant, offrir une

await a case in which the question truly arises for a decision.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the respondent Satnam Vaid: Raven, Allen, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

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

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

Solicitor for the interveners the Honourable Senator Serge Joyal and the Honourable Senator Mobina S. B. Jaffer: Dale Gibson, Edmonton.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of Professional Employees and the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada: Engelmann Gottheil, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Speaker of the Legislative Assembly of Ontario: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

immunité contre l'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, il faudra attendre que la question se pose véritablement dans le cadre d'un autre pourvoi.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intimé Satnam Vaid : Raven, Allen, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

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

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

Procureur des intervenants l'honorable sénateur Serge Joyal et l'honorable sénatrice Mobina S. B. Jaffer : Dale Gibson, Edmonton.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des employés professionnels et le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier : Engelmann Gottheil, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Président de l'Assemblée législative de l'Ontario : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Smith & Nephew Inc. *Appellant*

v.

Louise Glegg *Respondent*

and between

Christopher Carter and Gilles Dextradeur *Appellants*

v.

Louise Glegg *Respondent*

Smith & Nephew Inc. *Appelante*

c.

Louise Glegg *Intimée*

et entre

Christopher Carter et Gilles Dextradeur *Appelants*

c.

Louise Glegg *Intimée*

INDEXED AS: GLEGG *v.* SMITH & NEPHEW INC.

Neutral citation: 2005 SCC 31.

File No.: 30060.

2005: January 13; 2005: May 20.

Present: Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

RÉPERTORIÉ : GLEGG *c.* SMITH & NEPHEW INC.

Référence neutre : 2005 CSC 31.

N° du greffe : 30060.

2005 : 13 janvier; 2005 : 20 mai.

Présents : Les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil procedure — Production of documents — Medical records — Examination on discovery — Plaintiff suing her attending physicians and manufacturer of prosthesis in civil liability — Significant portion of damages sought under heads of pain and suffering, shock and nervousness — Plaintiff objecting at examination on discovery to disclosure of medical record kept by her psychiatrist — Whether objection should be dismissed — Whether plaintiff implicitly waived confidentiality of her medical record — Whether defendants demonstrated relevance of this disclosure.

Physicians and surgeons — Professional secrecy — Medical record — Access to content of medical record — Extent of disclosure — Principle of relevance.

Physicians and surgeons — Professional secrecy — Medical record — Waiver — Waiver by patient of confidentiality of her medical record and of physician's

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Production de documents — Dossiers médicaux — Interrogatoire préalable — Demanderesse poursuivant en responsabilité civile ses médecins traitants et le fabricant d'une prothèse — Partie importante des dommages-intérêts réclamés correspondant aux chefs de souffrance et douleur, choc et nervosité — Objection de la demanderesse à la divulgation de son dossier médical tenu par son psychiatre au cours de l'interrogatoire préalable — Cette objection doit-elle être rejetée? — La demanderesse a-t-elle renoncé implicitement à la confidentialité de son dossier médical? — Les défendeurs ont-ils démontré la pertinence de cette divulgation?

Médecins et chirurgiens — Secret professionnel — Dossier médical — Accès au contenu d'un dossier médical — Étendue de la divulgation — Principe de la pertinence.

Médecins et chirurgiens — Secret professionnel — Dossier médical — Renonciation — Renonciation du patient à la confidentialité de son dossier médical et au

duty of professional secrecy — Scope and limits of this waiver.

G sued her attending physicians and the manufacturer of a metal prosthesis used to perform a reduction on her fractured femur in civil liability. She claimed damages for, *inter alia*, pain and suffering, shock and nervousness. She alleged that allergic reactions to the insertion of the implant together with pain caused by the implant itself left her disabled and unable to work, and that they triggered a reactive depression. At the examination on discovery, before the filing of the defence, the appellants learned that G had been consulting a psychiatrist and requested the disclosure of the psychiatric record. G refused, and the parties took the matter to the Superior Court. At an initial hearing, the judge ordered counsel for G to produce the record so that he could rule on the objection. At the second hearing, the judge dismissed the objection because he was unable to verify the grounds for it due to G's failure to comply with the original order. The Court of Appeal reversed that decision and ordered the Superior Court to determine which portions of the record were relevant and should be disclosed.

Held: The appeal should be allowed. The Superior Court's decision should be restored.

Despite its importance and the protection afforded it, particularly under the *Charter of human rights and freedoms* and statutes governing professional orders, the physician's duty of professional secrecy has limits. The holder of the right to secrecy may waive it, and the disclosure of confidential information may be required to protect competing interests. A waiver, even an implied one, does not authorize unlimited and uncontrolled access to the medical record. The party seeking access must establish the apparent relevance of the requested information to the exploration of the merits of the case and to the conduct of the defence. At an examination on discovery, whether before or after the filing of the defence, relevance is interpreted broadly, mainly in relation to the allegations set out in the pleadings. At this stage, the parties are under an implied obligation of confidentiality. If the relevance of the evidence is contested, it is the judge who decides and who controls the conditions for access to and dissemination of the information. [17-26]

In the case at bar, the appellants demonstrated the relevance of the requested information and the existence of an implied waiver resulting from, *inter alia*, the nature of the allegations in the action and the answers given by G at the examination on discovery. The judge could therefore have ordered at this stage that the record be disclosed to counsel for the appellants. Had G complied with the

secret professionnel du médecin — Portée et limite de cette renonciation.

G poursuit en responsabilité civile ses médecins traitants et le fabriquant d'une prothèse métallique utilisée pour réduire une fracture de son fémur. Elle réclame des dommages-intérêts, entre autres, pour les souffrances et les douleurs, le choc et la nervosité. Elle allègue que des réactions allergiques à l'installation de l'implant et les douleurs causées par celui-ci l'ont rendue invalide et inapte au travail, et auraient provoqué une dépression situationnelle. Au cours de l'interrogatoire préalable, avant la production de la défense, les appelants apprennent que G consulte un psychiatre et demandent la communication du dossier psychiatrique. G refuse et les parties se présentent devant la Cour supérieure. Lors d'une première audience, le juge ordonne à l'avocat de G d'apporter le dossier pour lui permettre de statuer sur l'objection. Lors de la seconde audience, le juge rejette l'objection faute d'avoir pu en vérifier les motifs puisque G ne s'est pas conformé à la première ordonnance. La Cour d'appel infirme cette décision et ordonne à la Cour supérieure de déterminer les parties pertinentes du dossier qui doivent être divulguées.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. La décision de la Cour supérieure est rétablie.

Malgré son importance et la protection que lui accordent notamment la *Charte des droits et libertés de la personne* et les lois d'organisation professionnelle, le secret professionnel du médecin connaît des limites. Le titulaire du droit au secret peut y renoncer et la divulgation d'informations confidentielles peut être imposée pour protéger des intérêts concurrents. La renonciation, même implicite, n'autorise pas un accès illimité et incontrôlé au dossier médical. Celui qui réclame l'accès doit établir la pertinence apparente de l'information recherchée, pour l'exploration des fondements de la demande et pour la conduite de la défense. À l'occasion de l'interrogatoire préalable, avant ou après la production de la défense, la pertinence s'apprécie largement, principalement par rapport aux allégations contenues dans les actes de procédure. De plus, à cette étape, une obligation implicite de confidentialité s'impose aux parties. Si la pertinence de la preuve demeure contestée, le juge tranche et contrôle les modalités de la prise de connaissance et de la diffusion de l'information. [17-26]

En l'espèce, les appelants ont démontré la pertinence de l'information recherchée et l'existence d'une renonciation implicite, notamment du fait de la nature des allégations de l'action prise et des réponses données par G au cours de l'interrogatoire préalable. À cette étape, le juge pouvait donc ordonner la communication du dossier aux avocats des appelants. Si G s'était conformé à

original order and produced the record, the judge could have taken the necessary measures to rule on the objections to the disclosure of specific items in the record. In a situation such as this, the Court of Appeal could not at this stage of the proceedings have imposed a heavier burden on the appellants, who had already demonstrated the apparent relevance of the requested information. [27] [31]

Cases Cited

Applied: *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 743, 2001 SCC 51; **referred to:** *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 S.C.R. 456, 2004 SCC 18; *Pilorgé v. Desgens*, [1987] R.D.J. 341; *Goulet v. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085; *Coffey v. Tran*, [1991] R.D.J. 107; *Kruger Inc. v. Kruger*, [1987] R.D.J. 11; *Westinghouse Canada Inc. v. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Québec (Procureur général) v. Dorion*, [1993] R.D.J. 88; *Champagne v. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting health services and social services, R.S.Q., c. S-4.2, s. 19.
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 9.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 46, 395, 397, 402.
Code of ethics of physicians, R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4.1, s. 20(3).
Medical Act, R.S.Q., c. M-9, s. 42.
Professional Code, R.S.Q., c. C-26, s. 60.4.
Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, rule 3.

Authors Cited

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Baudouin and Forget JJ.A. and Biron J. (*ad hoc*)), [2003] Q.J. No. 13292 (QL), J.E. 2003-1912, reversing a decision of Baker J. rendered on February 27, 2003. Appeal allowed.

l'ordonnance initiale et avait apporté le dossier, le juge aurait pu prendre les mesures nécessaires pour statuer sur les objections à la communication d'éléments particuliers du dossier. Devant une telle situation, la Cour d'appel ne pouvait pas, à cette étape de la procédure, imposer un fardeau plus lourd aux appelants qui avaient déjà démontré la pertinence apparente de l'information recherchée. [27] [31]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51; **arrêts mentionnés :** *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456, 2004 CSC 18; *Pilorgé c. Desgens*, [1987] R.D.J. 341; *Goulet c. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085; *Coffey c. Tran*, [1991] R.D.J. 107; *Kruger Inc. c. Kruger*, [1987] R.D.J. 11; *Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Québec (Procureur général) c. Dorion*, [1993] R.D.J. 88; *Champagne c. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 9.
Code de déontologie des médecins, R.R.Q. 1981, ch. M-9, r. 4.1, art. 20(3).
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 46, 395, 397, 402.
Code des professions, L.R.Q., ch. C-26, art. 60.4.
Loi médicale, L.R.Q., ch. M-9, art. 42.
Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-4.2, art. 19.
Règlement de procédure civile de la Cour supérieure, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, règle 3.

Doctrine citée

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Baudouin, Forget et Biron (*ad hoc*)), [2003] J.Q. nº 13292 (QL), J.E. 2003-1912, infirmant une décision du juge Baker rendue le 27 février 2003. Pourvoi accueilli.

Gerald R. Tremblay, Q.C., Catherine Mandeville and *Mélanie Dugré*, for the appellants Christopher Carter and Gilles Dextradeur.

Odette Jobin-Laberge, for the appellant Smith & Nephew Inc.

Dominic Desjarlais, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LeBel J. —

I. Introduction

This appeal raises a problem relating to the application of the physician's duty of professional secrecy. At issue is access to the psychiatric record kept by a physician consulted by a patient who is suing her attending physicians and the manufacturer of a metal prosthesis used by one of them to perform a reduction on her fractured femur. In respect of objections made during examinations on discovery to questions and to requests to produce documents, the Quebec Court of Appeal reversed an interlocutory judgment of the Superior Court ordering the production of a record of psychiatric consultations. In my view, the respondent had waived professional secrecy in the circumstances of this case, and the appellants had furnished sufficient proof that the production of the record would be useful to them in conducting their defence at the examination on discovery stage while readying the case for trial. Consequently, as I will explain in the reasons that follow, I would allow the appeal. I would restore the Superior Court's judgment, which dismissed the respondent's objections to production of the medical record in issue.

II. Origin and History of the Case

The case began when Ms. Glegg had an unfortunate accident. On July 9, 1996, she fell off a bicycle and fractured her right femur and her hip. After she was taken to a hospital, one of the appellants, Dr. Carter, an orthopedic surgeon, performed a surgical reduction of the fracture. As part of this procedure, he inserted a metal implant manufactured and sold

Gerald R. Tremblay, c.r., Catherine Mandeville et *Mélanie Dugré*, pour les appelants Christopher Carter et Gilles Dextradeur.

Odette Jobin-Laberge, pour l'appelante Smith & Nephew Inc.

Dominic Desjarlais, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

Le juge LeBel —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève un problème d'application du secret professionnel médical. Le débat porte sur l'accès au dossier psychiatrique tenu par un médecin consulté par une patiente qui poursuit ses médecins traitants et le manufacturier d'une prothèse métallique utilisée par l'un de ceux-ci pour réduire une fracture de son fémur. À l'occasion d'objections à des questions et à des demandes de production de documents au cours d'interrogatoires préalables, la Cour d'appel du Québec a renversé un jugement interlocutoire de la Cour supérieure qui ordonnait la production d'un dossier de consultations psychiatriques. À mon avis, l'intimée avait renoncé au secret professionnel dans les circonstances de ce dossier et les appelants avaient établi de manière suffisante la pertinence de cette production pour la conduite de leur défense à l'étape des interrogatoires préalables, au cours de la mise en état du dossier. En conséquence, comme je l'expose dans les motifs qui suivent, j'accueillerais le pourvoi. Je rétablirais ainsi le jugement de la Cour supérieure qui rejetait les objections de l'intimée à la production du dossier médical pertinent. 1

II. Origine et déroulement du litige

Cette affaire débute avec un accident malheureux dont M^me^ Glegg est victime. Le 9 juillet 1996, elle fait une chute en bicyclette et se fracture le fémur droit et la hanche. Après son transport à l'hôpital, l'un des appelants, le D^r^ Carter, chirurgien orthopédiste, procède à une réduction chirurgicale de la fracture. Au cours de cette intervention, il met en place 2

by the appellant Smith & Nephew Inc. Dr. Carter conducted the medical follow-up that is normal in such cases. On May 26, 1997, the respondent consulted another orthopedic surgeon, Dr. Dextradeur, who is also an appellant in this case, about pain she was suffering in one of her feet. On December 11, 1997, after confirming the consolidation of the fracture, Dr. Carter performed a second operation in which he removed the implant.

3 The respondent complained of suffering intense pain between the two operations. She said that she was unable to work because of the pain. As a result, she filed an action in damages against Drs. Carter and Dextradeur and against Smith & Nephew Inc. on March 31, 2000. The suit against the two physicians alleged that they were professionally liable for their failure to foresee, diagnose or treat allergic reactions caused by the implant and to provide the respondent with sufficient information about the implant's characteristics. The basis of the action against the manufacturer was that its product was dangerous and that insufficient information was provided regarding the risks involved in having it implanted.

4 The respondent claimed $4,655,000 from the appellants solidarily. The declaration sought, *inter alia*, $2,000,000 for pain and suffering, shock, nervousness and loss of enjoyment of life. According to the allegations, allergic reactions to the insertion of the implant together with pain caused by the implant itself left the respondent disabled and unable to work. They also allegedly triggered a reactive depression.

5 After the action was served, counsel for the appellants followed the usual procedures of requesting the production of documents and holding an examination on discovery. Before the filing of the defence, they summoned Ms. Glegg for an examination on discovery pursuant to art. 397 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("*C.C.P.*"). In reviewing the file and examining the respondent in 2000, the appellants learned that Dr. Pratt, a dermatologist consulted by the respondent about hypersensitivity she experienced after the fracture reduction, had advised her to consult a psychiatrist,

un implant métallique fabriqué et vendu par l'appelante Smith & Nephew Inc. Le D^r^ Carter assure le suivi médical normal en pareil cas. Par ailleurs, l'intimée consulte un autre chirurgien orthopédiste, le D^r^ Dextradeur, également appelant dans ce dossier, le 26 mai 1997, au sujet de douleurs à un pied. Enfin, le 11 décembre 1997, après avoir constaté la consolidation de la fracture, le D^r^ Carter effectue une seconde opération pour retirer l'implant.

L'intimée se plaint d'avoir subi de vives douleurs entre les deux opérations. Elle affirme que ces douleurs l'ont rendue incapable de travailler. En conséquence, le 31 mars 2000, elle intente une action en dommages-intérêts contre les D^rs^ Carter et Dextradeur ainsi que contre Smith & Nephew Inc. Le recours contre les deux médecins invoque leur responsabilité professionnelle pour ne pas avoir prévu, diagnostiqué ou traité des phénomènes d'allergie causés par l'implant et pour ne pas avoir donné à l'intimée une information suffisante au sujet des caractéristiques de celui-ci. Au manufacturier, l'action fait grief des dangers de son produit et de défauts d'information quant à la nature des risques propres à sa mise en place.

L'intimée réclame solidairement aux appelants 4 655 000 $. La déclaration réclame notamment 2 000 000 $ pour les souffrances et douleurs de l'intimée, le choc, la nervosité, et la perte de jouissance de la vie. Les allégations mentionnent que des réactions allergiques à l'installation de l'implant et les douleurs causées par celui-ci ont rendu l'intimée invalide et inapte au travail. Elles auraient aussi provoqué une dépression situationnelle.

Après la signification de l'action, les avocats des appelants entreprennent les procédures habituelles de demande de production de documents et d'interrogatoire préalable. Ils assignent M^me^ Glegg pour un interrogatoire préalable, avant la production de la défense, en vertu de l'art. 397 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« *C.p.c.* »). À l'occasion de leur examen du dossier et d'un interrogatoire de l'intimée en 2000, les appelants apprennent qu'un dermatologue, le D^r^ Pratt, consulté par cette dernière au sujet de problèmes d'hypersensibilité survenus après la réduction de sa fracture, lui a conseillé de

Dr. Gawlik. The respondent then confirmed that she had suffered from depression after the accident and the operations. She acknowledged that she had been consulting Dr. Gawlik on a regular basis since November 1999 because of psychological problems caused by these events.

The examination on discovery resumed on April 24, 2002. Counsel for the appellants asked Ms. Glegg further questions about her consultations with Dr. Gawlik. She said that she had consulted him approximately 40 times between November 1999 and November 2000. The appellants requested the disclosure of Dr. Gawlik's record. At this point, counsel for the respondent put on the record an undertaking to produce the documents, although the undertaking was made without prejudice and with an indication that the matter would be discussed later. The examination was then adjourned. On July 10, 2002, counsel for the respondent informed the appellants that his client did not consent to the production of Dr. Gawlik's clinical notes due to the confidential nature of these documents.

A few weeks later, on August 1, 2002, counsel for the respondent sent the appellants a draft letter, apparently prepared by Dr. Gawlik, to a federal public servant responsible for reviewing applications for disability benefits under the Canada Pension Plan. This document confirmed that the consultations had taken place and gave some explanations regarding the circumstances that had caused Ms. Glegg to consult him. However, the portion of the letter regarding the diagnosis had been deleted. Meanwhile, on July 11, 2002, the appellants' expert psychiatrist, Dr. Bourget, had met with Ms. Glegg and conducted his own medical assessment. On September 25, 2002, this expert reported his findings to the appellants. He stated that he felt Dr. Gawlik's record would be highly relevant to and useful for the purpose of assessing the respondent's psychiatric condition and forming an expert opinion on the subject. Upon receiving this information, the appellants once again requested the disclosure of Dr. Gawlik's record. The respondent still refused to consent to its disclosure. Consequently, a few months later, the parties appeared before the Superior Court for a decision on the objection to disclosure of Dr. Gawlik's record.

rencontrer un psychiatre, le D[r] Gawlik. L'intimée confirme alors avoir subi une dépression après son accident et ses opérations. Elle reconnaît consulter régulièrement le D[r] Gawlik, depuis novembre 1999, en raison des problèmes psychologiques que lui ont causés ces événements.

6 L'interrogatoire préalable reprend le 24 avril 2002. Les avocats des appelants posent de nouvelles questions à M[me] Glegg sur ses consultations avec le D[r] Gawlik. Elle affirme l'avoir consulté environ 40 fois, de novembre 1999 à novembre 2000. Les appelants demandent alors la transmission du dossier tenu par le D[r] Gawlik. L'avocat de l'intimée fait noter à ce moment un engagement de produire les documents, mais sous réserve, avec indication que la question sera discutée plus tard. L'interrogatoire est ensuite suspendu. Le 10 juillet 2002, l'avocat de l'intimée informe les appelants que sa cliente ne consent pas à la production des notes d'entrevue du D[r] Gawlik en raison du caractère confidentiel de ces documents.

7 Quelques semaines plus tard, le 1[er] août 2002, l'avocat de l'intimée envoie aux appelants un projet de lettre apparemment préparé par le D[r] Gawlik et destiné à une fonctionnaire fédérale chargée de l'examen de demandes de prestations d'invalidité en vertu du Régime de pension du Canada. Ce document confirme les consultations et donne quelques explications sur les circonstances qui ont amené M[me] Glegg à son cabinet. La partie de la lettre portant sur le diagnostic a toutefois été effacée. Entretemps, le 11 juillet 2002, l'expert psychiatre des appelants, le D[r] Bourget, rencontre M[me] Glegg et procède à son évaluation médicale. Le 25 septembre 2002, cet expert fait rapport à ses mandants. Il affirme alors que le dossier tenu par le D[r] Gawlik lui paraît très pertinent et utile pour l'évaluation de l'état psychiatrique de l'intimée et pour donner son opinion à ce sujet. À la suite de ces informations, les appelants réitèrent leur demande de communication du dossier tenu par le D[r] Gawlik. L'intimée refuse toujours son consentement à cette transmission. En conséquence, quelques mois plus tard, les parties se présentent devant la Cour supérieure pour obtenir une décision sur l'objection à la

By that time, the appellants had filed their defences. The objection was heard by Baker J. A new lawyer was now representing Ms. Glegg. The firm that had been representing her had recently transferred the case to him.

8 Unfortunately, reconstructing the progress and content of the proceeding before Baker J. is somewhat difficult. In accordance with standard practice, counsel for the parties attended at the judge's chambers to make submissions on the objections raised during the examination on discovery of Ms. Glegg. At that time, the judge took cognizance of the pleadings and of the transcript of the examination. As this part of the proceedings took place in chambers rather than in the courtroom, the courthouse's recording system did not record the parties' representations or the exchanges between them and the judge. Nor was a stenographer present with counsel in the judge's chambers. Consequently, the only written record of this legal proceeding appears in the minutes of the hearings of February 25 and 27, 2003.

9 On February 25, an initial hearing took place in the chambers of Baker J. The minutes of the hearing contain only a transcript of a decision rendered by the judge. This decision ordered Mr. Desjarlais, Ms. Glegg's lawyer, to return on February 27, 2003, with a portion of the cases of documents he had received from his predecessor:

[TRANSLATION] The Court orders counsel to appear on Thursday, February 27, 2003, in Room 14.21 and orders Mr. Desjarlais to bring with him the boxes of documents from Mr. Samuel containing the reports or notes of Dr. Gawlick [*sic*].

Diane Bourbonnais
Clerk

10 The second hearing was held as scheduled on February 27, 2003. Baker J. dismissed the objection to disclosure of Dr. Gawlik's record that had been made during the examination on discovery. That decision is the one at issue in this appeal. The minutes are silent as to the substance of counsel's arguments and Baker J.'s reasons. They mention

communication du dossier tenu par le D[r] Gawlik. Entre-temps, les appelants ont déposé leurs défenses. Le juge Baker est saisi du dossier de l'objection. Un nouvel avocat représente alors M[me] Glegg. L'étude qui agissait auparavant pour celle-ci lui a transmis le dossier récemment.

La reconstitution du cours et du contenu des débats devant le juge Baker soulève malheureusement quelques difficultés. Suivant une pratique courante, les avocats des parties se sont présentés au cabinet du juge pour la plaidoirie sur les objections soulevées au cours de l'interrogatoire préalable de M[me] Glegg. Le juge a alors pris connaissance des actes de procédure et de la transcription sténographique de l'interrogatoire. Comme cette partie de l'affaire se passe au cabinet du juge et non en salle d'audience, le système d'enregistrement du palais de justice n'enregistre pas les observations des parties et les échanges entre elles et le juge. Par ailleurs, aucun sténographe n'accompagne les avocats chez le juge. En conséquence, la seule trace écrite de ce débat judiciaire se retrouve dans les procès-verbaux des audiences du 25 et du 27 février 2003.

Le 25 février, une première audience a lieu au cabinet du juge Baker. Le procès-verbal d'audience ne contient que la transcription d'une décision de ce dernier. Elle ordonne à M[e] Desjarlais, l'avocat de M[me] Glegg, d'apporter une partie des caisses de documents qu'il a reçues de son prédécesseur et de revenir le 27 février 2003 :

Le Tribunal ordonne aux procureur[s] de comparaître jeudi, le 27 février 03, bureau 14.21, et ordonne à M[e] Desjarlais d'apporter avec lui les boîtes de documents de M[e] Samuel sur les rapports ou notes du D[r] Gawlick [*sic*].

Diane Bourbonnais
Greffière

La deuxième audience se tient comme prévu le 27 février 2003. Le juge Baker rejette alors l'objection à la demande de transmission du dossier tenu par le D[r] Gawlik, telle qu'elle avait été formulée lors de l'interrogatoire préalable. Cette décision est celle visée par le présent pourvoi. Le procès-verbal est muet quant au contenu de l'argumentation des

only the attendance of counsel and the disposition of the judgment:

[TRANSLATION]

2:35 p.m. Case continued from February 25, 2003.
Representations of Ms. Dugré.
Representations of Mr. Desjarlais.

Decision:
The objection at page 50 of the examination of Louise Glegg is dismissed.

Before the decision of the Quebec Court of Appeal is discussed, what took place in the Superior Court must be understood and explained. This subject was broached in a number of questions and exchanges at the hearing before this Court. From the circumstances of the examination, I am convinced that counsel for the appellants wanted to obtain the notes in Dr. Gawlik's record. At the first hearing, on February 25, counsel for the respondent did not have those notes in his possession. Baker J. requested that the file containing the notes be produced so that he could rule on the objection. The order could have been more specific. Nevertheless, in the circumstances, the request made to counsel was clear: he was to produce the medical record. On February 27, counsel produced the files that had been transferred to him by the colleague who had formerly represented Ms. Glegg. Dr. Gawlik's notes were not in them. It can be presumed that counsel was acting upon his client's instructions in failing to produce them in the Superior Court. However, counsel could not justify this failure by arguing that the terms of Baker J.'s order were vague, as the order was sufficiently clear in the circumstances in which it was made. The judge's order could have concerned nothing other than the notes from the interviews with the respondent. It must accordingly be concluded that the respondent failed to comply with the judge's order. Consequently, Baker J. dismissed the objection on the basis that the respondent had not permitted him to verify the grounds for it. The respondent appealed from this decision, and the Court of Appeal ruled in her favour: [2003] Q.J. No. 13292 (QL).

avocats et aux motifs donnés par le juge Baker. Il ne contient que la mention de la présence des avocats et le dispositif du jugement :

14 h 35 Cause continuée du 25 février 2003.
Représentations de M^e Dugré.
Représentations de M^e Desjarlais.

Décision :
L'objection à la page 50 de l'interrogatoire de M^me Louise Glegg est rejetée.

11 Avant de passer à l'examen de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec, il importe de comprendre et de préciser ce qui s'est passé devant la Cour supérieure. Ce sujet a fait l'objet de plusieurs questions et d'échanges à l'audience devant notre Cour. Du contexte de l'interrogatoire, il me paraît sûr que les avocats des appelants voulaient obtenir les notes contenues au dossier tenu par le D^r Gawlik. À la première audience, le 25 février, l'avocat de l'intimée ne les avait pas en sa possession. Pour statuer sur l'objection, le juge Baker a demandé d'apporter le dossier qui les contenait. L'ordonnance aurait pu être plus précise. Toutefois, dans le contexte, la demande adressée à l'avocat restait claire : il devait apporter ce dossier médical. Le 27 février, l'avocat a apporté des dossiers transmis par le confrère qui avait agi pour M^me Glegg. Les notes du D^r Gawlik ne s'y trouvaient pas. On peut présumer que l'avocat exécutait alors les instructions données par sa cliente en ne les apportant pas à la Cour supérieure. Toutefois, l'avocat ne pouvait pas se retrancher derrière des imprécisions de l'ordonnance du juge Baker, dont le sens était suffisamment clair dans les circonstances où elle a été prononcée. L'ordonnance du juge ne pouvait avoir d'autre objet que les notes des entrevues avec l'intimée. Dans ce cadre, il faut conclure que l'intimée ne s'est pas conformée à l'ordre du juge. En conséquence, celui-ci a rejeté l'objection, puisque l'intimée ne lui a pas permis d'en vérifier les motifs. L'intimée a interjeté appel et la Cour d'appel lui a donné gain de cause : [2003] J.Q. n^o 13292 (QL).

12 The Court of Appeal allowed the appeal and ordered that the case be referred back to the Superior Court. The Superior Court was to resume its consideration of the case so as to determine which portions of the psychiatric record were relevant and should be disclosed; in so doing, it was to hear both sides and, if necessary, hold the hearing *in camera*. The decision stressed the importance of the physician's duty of professional secrecy, particularly in the field of psychiatry.

13 The Court of Appeal acknowledged that, while the institution of medical malpractice proceedings may involve an implied waiver of secrecy, this waiver is limited by the principle of relevance. Although the right to defend oneself must be protected, it is also important to protect the right to privacy raised by the psychiatrist-patient relationship. On this point, the Court of Appeal was of the opinion that this Court's decision in *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647, was not the final word of the courts on the disclosure of medical and hospital records and on waiver of the confidentiality of such records, especially in the field of psychiatry. In the Court of Appeal's view, *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, had given greater weight to the right to privacy and imposed a more onerous burden on someone wishing to gain access to a patient's psychiatric record. The Court of Appeal also criticized the approach adopted by the appellants to gain access to the psychiatric record. Instead of making the request in the course of an examination on discovery, the defendants should have served a motion to produce the medical record pursuant to art. 402 *C.C.P.* Had they done so, the debate could have been structured more appropriately and all relevant questions of fact and law could have been incorporated into it. The Court of Appeal's judgment is now the subject of the appeal, for which leave was granted, before this Court.

III. Analysis

A. *Issues*

14 To determine whether the trial judge was right to dismiss the respondent's objection, it is necessary to look once again at the issues relating to the nature

L'arrêt de la Cour d'appel accueille le pourvoi et ordonne le retour du dossier devant la Cour supérieure. Celle-ci devrait reprendre l'examen du dossier pour déterminer, contradictoirement et à huis clos s'il le faut, les parties pertinentes du dossier psychiatrique qui devraient être communiquées. L'arrêt insiste sur l'importance du secret professionnel médical, particulièrement dans le domaine psychiatrique.

Si la Cour d'appel admet que l'institution de procédures en responsabilité médicale peut impliquer une renonciation implicite au secret, celle-ci demeure limitée par le principe de la pertinence. Si le droit à la défense doit être protégé, il importe aussi de sauvegarder le droit à la protection de la vie privée que soulève la relation psychiatrique. À ce propos, la Cour d'appel estime que l'arrêt prononcé par notre Cour dans l'affaire *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, ne représente pas le dernier état de la jurisprudence sur l'accès au dossier médical et hospitalier et sur les renonciations à la confidentialité de ceux-ci, surtout dans le domaine psychiatrique. À son avis, l'arrêt *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, aurait donné plus de poids au droit au respect de la vie privée et alourdi le fardeau de preuve de celui qui entend obtenir l'accès au dossier psychiatrique d'un patient. La Cour d'appel critique aussi la procédure adoptée par les appelants pour régler cette question d'accès au dossier psychiatrique. Au lieu de présenter la demande au cours d'un interrogatoire préalable, les défendeurs auraient dû plutôt faire signifier une requête pour production du dossier médical en vertu de l'art. 402 *C.p.c.* Une telle voie procédurale aurait permis de mieux encadrer le débat et d'y intégrer toutes les questions de fait et de droit pertinentes. Ce jugement fait maintenant l'objet du pourvoi autorisé devant notre Cour.

III. Analyse

A. *Les questions en litige*

Pour décider si le premier juge a eu raison de rejeter l'objection de l'intimée, il faut se pencher à nouveau sur les problèmes liés à la nature du secret

of the physician's duty of professional secrecy in Quebec law and to waivers of the patient's right to secrecy. First, the requirements for such a waiver must be determined. Then, once the principles have been stated, it will be necessary to review the procedure for raising such a waiver, the burden of proof on the party seeking access to the content of a medical record and the extent of the disclosure. This analysis will be carried out in the specific context of examinations on discovery and proceedings relating to the disclosure of documents conducted in readying a case for trial in Quebec civil procedure.

B. *Legislative Framework of the Physician's Duty of Professional Secrecy*

It should be borne in mind that the case at bar falls under the law of civil liability. It is therefore governed by Quebec civil law and civil procedure. Although there is no denying the influence of the common law and, in particular, the complexity of the sources of Quebec's law of evidence in civil matters, the fact remains that this law is now codified. It is governed by a complex set of legislative rules. Some of these rules are quasi-constitutional in nature by virtue of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("Quebec *Charter*"). (See on this subject: *Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 S.C.R. 456, 2004 SCC 18, at paras. 18-27; J.-C. Royer, *La preuve civile* (3rd ed. 2003), at pp. 903-11.)

Using a variety of legal techniques based on rules of practice that established immunities from disclosure, Quebec law has long recognized the fundamental importance of the physician's duty of professional secrecy in therapy relationships (Royer, at pp. 904-906). Today, s. 9 of the Quebec *Charter* recognizes that every person has a right to professional secrecy. This right exists in respect of all persons bound to professional secrecy. The *Professional Code*, R.S.Q., c. C-26, imposes an obligation of professional secrecy on all members of the professional orders it governs (s. 60.4). Physicians are required to belong to an order known as the "Collège des médecins", to which the *Professional Code* and

professionnel médical en droit québécois et aux renonciations à celui-ci. On doit d'abord déterminer à quelles conditions peut intervenir une telle renonciation. Ensuite, une fois les principes posés, il conviendra d'examiner comment peut être soulevée une telle renonciation, le fardeau de preuve de la partie qui veut obtenir l'accès au contenu d'un dossier médical et l'étendue de cette communication. Cette analyse s'effectuera dans le contexte particulier des procédures d'interrogatoire préalable et de communication de documents qui précèdent la mise en état d'un procès dans la procédure civile du Québec.

B. *Le cadre législatif du secret professionnel médical*

15 On doit se rappeler que l'affaire examinée dans le présent appel relève du droit de la responsabilité civile. Elle est donc régie par le droit civil et la procédure civile du Québec. Sans nier les influences de la common law et, notamment, la complexité des sources du droit de la preuve civile au Québec, il demeure que le droit en question est maintenant codifié. Un ensemble complexe de règles législatives l'encadre désormais. Certaines d'entre elles possèdent d'ailleurs une valeur quasi constitutionnelle, en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* ») (voir à ce propos : *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456, 2004 CSC 18, par. 18-27; J.-C. Royer, *La preuve civile* (3e éd. 2003), p. 903-911).

16 En utilisant des techniques juridiques diverses, fondées sur des règles de procédure qui établissaient des immunités de divulgation, le droit québécois a reconnu de longue date l'importance fondamentale du secret professionnel médical dans la relation thérapeutique (Royer, p. 904-906). Aujourd'hui, l'art. 9 de la *Charte québécoise* reconnaît le droit de chaque personne au secret professionnel. Ce droit existe à l'égard de toutes les personnes tenues à celui-ci. Le *Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26, impose cette obligation à tous les membres des ordres professionnels qu'il régit (art. 60.4). Les médecins appartiennent obligatoirement à un ordre connu comme le « Collège des médecins » auquel s'applique le

the *Medical Act*, R.S.Q., c. M-9, apply. Section 42 of the *Medical Act* establishes an immunity from the disclosure of information obtained by a physician in the course of a professional relationship with a patient. The *Code of ethics of physicians*, R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4.1, recognizes the importance of the confidentiality of this information and imposes on physicians a strict obligation to keep it confidential (s. 20(3)). Thus, as is the case with lawyers, the physician's duty of professional secrecy includes both an obligation of confidentiality and an immunity from disclosure (*Foster Wheeler*, at paras. 28-29). Although there is no need to consider this aspect of the issue any further, it should be borne in mind that Quebec's legislation includes measures intended to ensure the confidentiality of records kept by hospitals and institutions belonging to the health and social services network (*Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-4.2, s. 19). This Court considered the Quebec legislation in *Frenette*, but the appeal now before it is limited to the application of the physician's duty of professional secrecy itself to records kept by physicians regarding their patients.

17 The Court of Appeal emphasized the importance of the physician's duty of professional secrecy. It properly noted the importance of the right to privacy implicit in the psychiatrist-patient relationship. However, as important as professional secrecy may be, it is not absolute. Despite the protection afforded it, particularly under the Quebec *Charter* and statutes governing professional orders, it has limits. Disclosure of confidential information may be required to protect competing interests. Also, the holder of the right may implicitly or explicitly waive it (Royer, at pp. 954-59).

C. *Waiver of the Patient's Right to Professional Secrecy*

18 Recognizing express waivers does not give rise to policy problems. The rules regarding professional secrecy are rules of protective public order. The holder of the right may waive it. This Court gave effect to such waivers in respect of hospital records in *Frenette*. This principle is also valid in relation to

Code des professions et la *Loi médicale*, L.R.Q., ch. M-9. L'article 42 de celle-ci établit une immunité de divulgation à l'égard des informations que le médecin a obtenues en raison de ses rapports professionnels avec le patient. Le *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q. 1981, ch. M-9, r. 4.1, reconnaît l'importance de la confidentialité de ces informations et impose aux médecins l'obligation stricte de la préserver (art. 20(3)). Ainsi, comme dans le cas des avocats, le secret professionnel du médecin comporte une obligation de confidentialité et une immunité de divulgation (*Foster Wheeler*, par. 28-29). Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'étudier davantage cet aspect de la question, on se rappellera que la législation québécoise comporte des mesures destinées à assurer le respect de la confidentialité des dossiers des hôpitaux et des institutions appartenant au réseau des services sociaux et de santé (*Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-4.2, art. 19). Notre Cour a d'ailleurs examiné cette législation dans l'arrêt *Frenette*. Le présent appel ne met toutefois en cause que la mise en œuvre du secret professionnel médical proprement dit, à l'égard du dossier tenu par le médecin sur sa patiente.

La Cour d'appel a souligné l'importance du secret professionnel médical. Elle a rappelé à bon droit l'importance du droit au respect de la vie privée qu'implique la relation psychiatrique. Cependant, si important qu'il soit, ce secret ne représente pas un absolu. Malgré la protection que lui accordent notamment la *Charte québécoise* et les lois d'organisation professionnelle, il connaît des limites. La divulgation d'informations confidentielles peut être imposée pour protéger des intérêts concurrents. Le titulaire du droit peut aussi y renoncer implicitement ou explicitement (Royer, p. 954-959).

C. *La renonciation au secret professionnel médical*

La reconnaissance des renonciations explicites ne pose pas de problèmes de principe. Les règles relatives au secret professionnel sont d'ordre public de protection. Le titulaire du droit est admis à y renoncer. Notre Cour a donné effet à ces renonciations à l'égard des dossiers hospitaliers dans

the physician's duty of professional secrecy, which protects the same right to privacy. It is enough if the waiver is voluntary and clear, and if the person waiving the right is aware that the right exists (Royer, at pp. 954-55). If so, it is necessary to consider the scope and limits of the waiver, especially in light of the relevance of the information sought, at the stage of the examination on discovery and the production of documents, in readying a case for trial and, if the case progresses that far, at the trial itself.

19 However, this appeal raises a problem of implied waiver. Although a waiver cannot be presumed, the courts and the commentators have acknowledged this form of waiver and given effect to it. An implied waiver is inferred from actions of the holder of the right that are inconsistent with an intent to maintain professional secrecy or, rather, to avoid the disclosure of confidential information protected by professional secrecy. The rule in respect of medical malpractice is well established, as Royer observes:

> [TRANSLATION] In the health care sphere, a litigant who raises his or her medical record or state of health as a factor relevant to the case tacitly waives the confidentiality of his or her medical record and the right to professional secrecy . . . . [p. 960]

20 The decisions of Quebec's courts on this subject have been consistent, as can be seen from this Court's review of them in *Frenette* (see also: *Pilorgé v. Desgens*, [1987] R.D.J. 341 (C.A.); *Goulet v. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085 (C.A.); *Coffey v. Tran*, [1991] R.D.J. 107 (C.A.)). By bringing an action against her physicians and the manufacturer of the prosthesis in which nearly half the amount she claimed was under the heads of pain and suffering, shock and nervousness, the respondent raised the issue of her state of health, its causes and its consequences. She thus consented to having questions that would obviously be very private in nature discussed in court or at the preliminary stage of readying the case for trial. At any rate, even had her adversaries waived an examination on discovery, she would still have had to establish the basis of their civil liability at trial. She would have had to explain her state of health and the harm she had suffered and would

l'arrêt *Frenette*. La règle vaut aussi à l'égard du secret professionnel médical, protecteur du même droit au respect de la vie privée. Il suffit que la renonciation soit volontaire, claire et émane d'une personne qui connaît l'existence de son droit (Royer, p. 954-955). Reste alors à étudier la portée et les limites de la renonciation, notamment quant à la pertinence de l'information recherchée, lors d'un interrogatoire préalable et de la production de documents, au cours de la mise en état du dossier, puis, le cas échéant, lors du procès.

Le présent pourvoi soulève toutefois un problème de renonciation implicite. Bien que la renonciation ne se présume pas, la jurisprudence et la doctrine admettent cette forme de renonciation et lui donnent effet. Elle s'infère des gestes posés par le titulaire du droit, qui se révèlent incompatibles avec la volonté de préserver le secret professionnel ou plutôt d'éviter la divulgation de l'information confidentielle que protège celui-ci. En matière de responsabilité médicale, la règle est bien établie, comme le constate Royer :

> Dans le domaine de la santé, le plaideur qui fait de son dossier médical ou de son état médical un élément pertinent à un litige, renonce tacitement à la confidentialité de son dossier médical et au secret professionnel du médecin . . . [p. 960]

La jurisprudence québécoise est constante dans ce domaine, comme le démontre l'étude que notre Cour en a faite dans l'arrêt *Frenette* (voir aussi : *Pilorgé c. Desgens*, [1987] R.D.J. 341 (C.A.); *Goulet c. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085 (C.A.); *Coffey c. Tran*, [1991] R.D.J. 107 (C.A.)). Par sa poursuite contre ses médecins et contre le manufacturier de la prothèse, où presque la moitié de la somme réclamée correspond aux postes de souffrance et douleur, choc et nervosité, l'intimée soulevait le problème de son état de santé, de ses causes et de ses conséquences. Elle consentait alors à ce que des questions, touchant certes de très près à sa vie privée, soient débattues devant le tribunal ou examinées au cours de la phase préliminaire de la mise en état du dossier. D'ailleurs, de toute manière, ses adversaires auraient-ils renoncé à tout examen préalable qu'au fond lors du procès, il lui faudrait établir les bases de leur responsabilité civile. Elle devrait alors

therefore have had to effectively waive secrecy or the right protecting her privacy.

D. *Requirement of Relevance*

21 It should be mentioned here that the nature of the interests at stake necessarily brings into play a principle that has a moderating effect on the evidentiary process in civil matters, including at the examination on discovery stage, namely relevance. This principle governs both the examination on discovery and the disclosure of records. Although there was little discussion about this in *Frenette* because of the circumstances of the case, that decision did not establish a principle that an express or implied waiver would authorize unlimited and uncontrolled access to a patient's medical record. On the contrary, the limits on secrecy are reflected in the principle of relevance, which applies at all stages of a civil action.

22 This principle applies to examinations on discovery, whether before or after the filing of the defence. At this stage, relevance is assessed mainly in relation to the allegations set out in the pleadings (*Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 743, 2001 SCC 51, at para. 53; *Kruger Inc. v. Kruger*, [1987] R.D.J. 11 (C.A.)). The examination on discovery facilitates the disclosure of evidence to ensure that trials are conducted fairly and efficiently. It thus enables a litigant to clarify the bases of the claim against him or her, to assess the quality of the evidence and, occasionally, to determine the appropriateness of carrying on with the defence or at least to better define its framework. Used properly, this procedure can help expedite the conduct of the trial and the resolution of the issues before the court (see Royer, at p. 411; *Lac d'Amiante*, at paras. 59-60). From this perspective, access to relevant evidence is inevitably linked to the defendant's right to make full answer and defence. If the relevance of the evidence is contested, the judge must settle the issue.

23 In the context of an examination on discovery or a disclosure of evidence that takes place while a case

expliquer son état et les dommages subis et donc, renoncer pour autant au secret ou au droit qui protège la vie privée.

D. *L'exigence de la pertinence*

Il importe de souligner ici que la nature des intérêts en cause exige le rappel d'un principe modérateur de la conduite de la preuve civile, y compris au stade des interrogatoires préalables, soit celui de la pertinence de la preuve. Ce principe régit les interrogatoires préalables, comme les communications de dossiers. Bien qu'il en ait peu discuté en raison des circonstances de l'affaire, l'arrêt *Frenette* n'a jamais posé le principe qu'une renonciation explicite ou implicite autorisait un accès illimité et incontrôlé au dossier médical d'un patient. Au contraire, les limites du secret se reflètent dans le principe de la pertinence appliqué dans le contexte des étapes successives du procès civil.

Ce principe s'applique lors de l'interrogatoire préalable, avant ou après la production de la défense. La pertinence s'apprécie alors principalement par rapport aux allégations contenues dans les actes de procédure (*Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51, par. 53; *Kruger Inc. c. Kruger*, [1987] R.D.J. 11 (C.A.)). La procédure d'interrogatoire préalable favorise la divulgation de la preuve dans l'intérêt de la conduite juste et efficace des procès. Son emploi permet ainsi à un plaideur de mieux connaître les fondements de la réclamation présentée contre lui, d'évaluer la qualité de la preuve et, à l'occasion, d'évaluer l'opportunité de maintenir la contestation ou, au moins, de mieux définir le cadre de celle-ci. Bien employée, cette procédure peut contribuer à accélérer la marche du procès et la résolution des débats judiciaires (voir Royer, p. 411; *Lac d'Amiante*, par. 59-60). Dans ce contexte, l'accès à la preuve pertinente demeure inévitablement lié au droit du défendeur de préparer et de présenter une défense pleine et entière. Si la pertinence de la preuve demeure contestée, le juge est appelé à trancher.

À l'occasion d'un interrogatoire préalable ou de la communication de la preuve au cours de la mise

is being readied for trial, the concept of relevance is interpreted broadly. Being relevant means being useful for the conduct of an action, as Proulx J.A. noted in a case concerning the disclosure of a written document:

> [TRANSLATION] . . . the defendant must satisfy the court not that the evidence is relevant in the traditional sense of the word in the context of a trial, but that disclosure of the document will be useful, is appropriate, is likely to contribute to advancing the debate and is based on an acceptable objective that he or she seeks to attain in the case, and that the document to be disclosed is related to the dispute . . . .

(*Westinghouse Canada Inc. v. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735 (C.A.), at p. 2741)

This legal framework continues to be valid, and this Court did not intend to do away with it or alter it in *M. (A.) v. Ryan*. In that case, which concerned a civil liability issue that arose in British Columbia, the Court established a rule protecting the confidentiality of psychiatric information and a procedure for making and reviewing requests for the disclosure of such information. The judgment thus introduced developments into the common law in an area in which it, unlike in the Quebec law of evidence, recognizes only a few "class" privileges encompassing an entire class of situations (*R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 286; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14, at paras. 27-30, *per* Major J.). The common law instead tends to use "case-by-case" privileges in accordance with the "Wigmore test". In Quebec law, as mentioned above, the legislature has spoken. The physician's duty of professional secrecy and the confidentiality of medical records are recognized. What remains to be determined is in what cases and in what manner the disclosure of protected information will be permitted.

Because of the meaning ascribed to "relevance" by the courts, the test of relevance plays a central role in this area. It requires that the importance of the right to privacy — which is already protected by the Quebec *Charter* — implicit in the legislative recognition of the physician's duty of professional secrecy be taken into account. It requires the party seeking

en état du dossier, ce concept de pertinence s'apprécie largement. Il correspond à une notion d'utilité pour la conduite de l'instance comme le soulignait le juge Proulx à l'occasion d'un débat sur la communication d'un écrit :

> . . . le défendeur doit satisfaire le tribunal non pas de la pertinence de la preuve, au sens traditionnel du mot pris dans le contexte d'un procès, mais que la communication de l'écrit est utile, appropriée, susceptible de faire progresser le débat, reposant sur un objectif acceptable qu'il cherche à atteindre dans le dossier, que l'écrit dont il recherche la communication se rapporte au litige . . .

(*Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735 (C.A.), p. 2741)

24 Ce cadre juridique demeure valable. Notre Cour n'a d'ailleurs jamais entendu le mettre de côté ou le modifier dans l'arrêt *M. (A.) c. Ryan*. Dans cette affaire, où elle examinait un problème de responsabilité civile survenu en Colombie-Britannique, notre Cour a établi une règle de protection de la confidentialité des renseignements psychiatriques et une méthode de présentation et d'examen des demandes de divulgation de ceux-ci. Ce jugement a ainsi fait évoluer la common law dans un domaine où celle-ci, contrairement au droit de la preuve du Québec, ne reconnaît que peu de privilèges génériques, embrassant toute une catégorie de situations (*R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, p. 286; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14, par. 27-30, le juge Major). Elle utilise davantage les privilèges fondés sur les circonstances particulières de chaque cas, selon le critère dit de Wigmore. En droit québécois, le législateur s'est prononcé, comme on l'a vu. Le secret professionnel du médecin et la confidentialité du dossier médical sont reconnus. Il s'agit de déterminer dans quels cas et de quelle manière la divulgation des informations protégées sera autorisée.

25 Le critère de la pertinence, en raison du sens que lui donne la jurisprudence, joue un rôle central dans ce domaine. Il doit ici prendre en compte l'importance du droit au respect de la vie privée, déjà protégé par la *Charte québécoise*, qu'implique la reconnaissance législative du secret professionnel médical. Il oblige celui qui réclame l'accès à

access to the information to establish the apparent relevance of the requested information to the exploration of the merits of the case and to the conduct of the defence. A court assessing the impact of disclosure must bear in mind that this issue has arisen in the context of the examination on discovery, a stage at which the parties are under an implied obligation of confidentiality (*Lac d'Amiante*). Furthermore, the *Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, limit the dissemination of this type of information. Rule 3 requires that it be kept in a sealed envelope. Access is limited to the parties and their counsel.

26 The judge hearing the case must take care to ensure that documents disclosed and questions asked during examinations on discovery are within the limits of what is relevant, that is, of what is useful for the case. This supervisory function is especially important and must be discharged very carefully when there are objections relating to the right to privacy. If need be, the judge sets the conditions for access to and dissemination of the information when ruling on the confidentiality of the information and the disclosure thereof (*Québec (Procureur général) v. Dorion*, [1993] R.D.J. 88 (C.A.); *Champagne v. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247 (C.A.); D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4th ed. 2003), t. 1, at pp. 570-72).

E. *Controlling Disclosure in Practice*

27 In the case at bar, the physician's duty of professional secrecy was applicable. The record kept by Dr. Gawlik was confidential. However, the appellants had demonstrated the relevance of the requested information and the existence of an implied waiver of the record's confidentiality. This resulted from, *inter alia*, the nature of the allegations in the action against the appellants and the answers given by the respondent at the examinations on discovery. The requested information was apparently useful for, that is, relevant to, evaluating the civil liability alleged by the respondent and the damages she was claiming.

l'information à établir la pertinence apparente de l'information recherchée, pour l'exploration des fondements de la demande et pour la conduite de la défense. L'appréciation de l'impact de la divulgation doit se faire en retenant qu'elle se situe dans le cadre des interrogatoires préalables, où une obligation implicite de confidentialité s'impose aux parties (*Lac d'Amiante*). De plus, le *Règlement de procédure civile de la Cour supérieure*, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, se préoccupe de limiter la diffusion de ce type d'information. Selon la règle 3, l'information doit être conservée sous enveloppe scellée. Seules les parties et leurs avocats peuvent en prendre connaissance.

Le juge saisi par les parties devra se soucier de ne pas permettre que la divulgation de documents ou les questions posées lors des interrogatoires préalables dépassent les bornes de ce qui est pertinent, c'est-à-dire utile pour l'affaire. Cette fonction de contrôle est particulièrement importante et doit être remplie avec grand soin lorsque des objections mettent en cause le droit au respect de la vie privée. Dans les cas qui le demandent, le juge établit alors les modalités de la prise de connaissance et de la diffusion de l'information, lorsqu'il lui faut se prononcer sur la confidentialité de l'information et sur sa divulgation (*Québec (Procureur général) c. Dorion*, [1993] R.D.J. 88 (C.A.); *Champagne c. Scotia McLeod Inc.*, [1992] R.D.J. 247 (C.A.); D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4e éd. 2003), t. 1, p. 570-572).

E. *La mise en œuvre du contrôle de la divulgation*

En l'espèce, le secret professionnel médical s'appliquait. Le dossier établi par le Dr Gawlik demeurait confidentiel. Cependant, les appelants avaient démontré la pertinence des informations recherchées et l'existence d'une renonciation implicite à la confidentialité du dossier. Celle-ci résultait notamment de la nature des allégations de l'action prise contre les appelants et des réponses données par l'intimée au cours des interrogatoires préalables. L'information recherchée était apparemment utile, c'est-à-dire pertinente, pour apprécier la responsabilité civile qu'invoquait l'intimée et les

It should also be noted that the request for disclosure concerned consultations subsequent to the accident and the treatment undergone by Ms. Glegg that were related to the problems that appeared to be the subject of the claim. It did not amount to a request for an uncontrolled and unlimited investigation into Ms. Glegg's entire medical history. The judge could therefore have ordered at this stage that the record be disclosed to counsel for the appellants. Disclosure of the record would also have allowed the judge to rule subsequently on specific objections to the disclosure or use of specific items in the record.

In practice, since the apparent usefulness of the evidence had been demonstrated, the onus was on the respondent to explain her objection and show why the requested documents should not be produced. She therefore had to ensure that the judge was in a position to understand the objection, determine how it should be debated before him and rule on it on an informed basis.

The *Code of Civil Procedure* does not provide for every detail of the procedure that would apply in every situation. In fact, the Code itself recognizes that it is impossible to provide for everything. Article 46 *C.C.P.* states that "[t]he courts and judges have all the powers necessary for the exercise of their jurisdiction." Article 395 *C.C.P.* adds that judges have the power to decide on disputes that arise in the course of examinations on discovery. These provisions permit judges to deal with the inevitable situations in which the Code or the court's rules of practice are silent.

In this context, the judge retains the power to take any action that would both preclude a premature or unnecessary disclosure of confidential information and ensure that he or she can obtain sufficient information on the nature of the dispute and can guide the proceedings on the issue. Judges have many options in such situations (see *Foster Wheeler*, at paras. 44-47, and *Lac d'Amiante*, at paras. 35-39). A party making an objection can be required to file an affidavit explaining the basis for the objection,

dommages-intérêts qu'elle réclamait. On se rappellera d'ailleurs que la demande de communication portait sur des consultations postérieures à l'accident et aux traitements subis par M^me^ Glegg, à l'égard des problèmes qui apparemment faisaient l'objet de la réclamation. Elle ne constituait pas une demande d'investigation incontrôlée et illimitée dans l'ensemble de l'histoire médicale de M^me^ Glegg. À cette étape, le juge pouvait donc ordonner la communication du dossier aux avocats des appelants. La communication de ce dossier lui aurait permis aussi de statuer ultérieurement sur les objections spécifiques à la communication ou à l'utilisation d'éléments particuliers de ce dossier.

28 En pratique, comme l'utilité apparente de la preuve était démontrée, il appartenait alors à l'intimée d'expliciter son objection et de démontrer pourquoi les documents réclamés ne devraient pas être produits. Il lui fallait ainsi placer le juge en situation de connaître la portée de l'objection, de déterminer la manière dont elle serait débattue devant lui et de se prononcer en connaissance de cause à son sujet.

29 Le *Code de procédure civile* ne détermine pas complètement toutes les modalités de la procédure qui s'appliquerait dans toute situation. Le Code reconnaît d'ailleurs lui-même l'impossibilité de tout prévoir. L'article 46 *C.p.c.* précise d'ailleurs que « [l]es tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence. » L'article 395 *C.p.c.* ajoute, au sujet des interrogatoires préalables, que le juge possède le pouvoir de trancher les difficultés que posent ceux-ci. Ces dispositions permettent au juge de remédier aux silences inévitables du Code ou des règles de pratique du tribunal.

30 Dans ce contexte, le juge conserve le pouvoir de prendre toutes les mesures qui éviteraient une divulgation prématurée ou superflue de l'information confidentielle, mais permettraient aussi de s'informer adéquatement sur la nature du conflit et d'encadrer le débat judiciaire engagé à son sujet. Bien des possibilités s'offrent au juge dans ces situations (voir *Foster Wheeler*, par. 44-47, et *Lac d'Amiante*, par. 35-39). Il pourrait exiger de la partie qui présente une objection une déclaration assermentée précisant la base

and listing and describing the documents in issue. The judge could then review the evidence in private, in the parties' absence. It would also be possible, as has already been mentioned, for the judge to order that the documents be disclosed, subject to the obligations of confidentiality that would apply at this stage of the proceedings. The judge could also order counsel not to disclose the documents to third parties or to the parties themselves. None of these actions were taken here, owing to the way in which the respondent conducted the proceeding into her objection.

31 In a situation such as this, the Court of Appeal could not at this stage of the proceedings have imposed a heavier burden on the appellants, who had already demonstrated the apparent relevance of the requested information. The court's decision does not explain what evidence the appellants should or could have adduced or what they should or could have demonstrated to obtain the disclosure of Dr. Gawlik's record. The decision also overlooks the fact that the respondent had, as mentioned above, refused to comply with Baker J.'s order to produce Dr. Gawlik's notes. In the circumstances, Baker J.'s decision should have been upheld and the respondent's objection dismissed. I need not discuss how the examination and the disclosure of evidence will be conducted in the future or elaborate on specific objections whose nature is unknown to me. If such objections are made in the future, they will have to be considered by judges of the Superior Court in exercising the powers explicitly or implicitly conferred on them in Quebec civil procedure.

IV. Conclusion

32 For these reasons, the appeal is allowed and the judgment of the Quebec Court of Appeal is set aside. The judgment of the Superior Court of Quebec dismissing the respondent's objection is restored. The appellants will have their costs.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants Christopher Carter and Gilles Dextradeur: McCarthy Tétrault, Montréal.

de celle-ci et énumérant et décrivant les documents en litige. Il aurait ensuite la possibilité d'examiner en privé les éléments de preuve, hors de la présence des parties. Il lui serait loisible aussi d'ordonner la transmission des documents, sous réserve des obligations de confidentialité qui s'appliqueraient à cette phase du débat judiciaire, comme nous l'avons vu plus haut. Le juge pourrait aussi interdire aux avocats de communiquer les documents à des tiers ou aux parties elles-mêmes. Rien de ceci n'a été fait ici, en raison de la manière dont l'intimée a conduit le débat sur son objection.

Devant une telle situation, la Cour d'appel ne pouvait pas, à cette étape de la procédure, imposer un fardeau plus lourd aux appelants qui avaient déjà démontré la pertinence apparente de l'information recherchée. L'arrêt d'appel n'explique nullement la nature des preuves ou des démonstrations qu'auraient dû et pu faire les appelants pour obtenir la divulgation du dossier tenu par le D^r^ Gawlik. Cette décision oubliait aussi que l'intimée avait refusé d'exécuter l'ordre du juge Baker d'apporter les notes du D^r^ Gawlik, comme on l'a vu plus haut. Dans l'état des procédures, la décision du juge Baker aurait dû être maintenue et l'objection de l'intimée rejetée. Je n'ai pas à prévoir la manière dont se déroulera à l'avenir l'interrogatoire et la divulgation de la preuve ni à disserter sur des objections particulières dont je ne connais pas la nature. Si elles surviennent, ces objections futures devront être examinées par les juges de la Cour supérieure dans le cadre des pouvoirs que leur attribue explicitement ou implicitement le droit judiciaire québécois.

IV. Conclusion

Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli et l'arrêt de la Cour d'appel du Québec est infirmé. Le jugement de la Cour supérieure du Québec rejetant l'objection de l'intimée est rétabli. Les dépens sont accordés aux appelants.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants Christopher Carter et Gilles Dextradeur : McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the appellant Smith & Nephew Inc.: Lavery, de Billy, Montréal.

Solicitors for the respondent: Lamarre Linteau & Montcalm, Montréal.

Procureurs de l'appelante Smith & Nephew Inc. : Lavery, de Billy, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Lamarre Linteau & Montcalm, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Lynn Fice *Respondent*

INDEXED AS: R. v. FICE

Neutral citation: 2005 SCC 32.

File No.: 29965.

2005: January 13; 2005: May 20.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish and Abella JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Whether pre-sentence custody should affect sentencing judge's determination of availability of conditional sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 719(3), 742.1.

The accused pleaded guilty to aggravated assault, fraud, personation, forgery and breach of recognizance. At the time of sentencing, she had spent approximately 16 months in pre-sentence custody and six months in a circumstance of house arrest. Defence counsel conceded that a penitentiary sentence would have been appropriate had it been imposed at the time of arrest. The sentencing judge considered the accused's pre-sentence custody to be the equivalent of almost three years of incarceration and concluded that she should serve an additional 14 months in the community on certain conditions. The Court of Appeal upheld the conditional sentence. Relying on the plain meaning of the language of ss. 742.1 and 719(3) of the *Criminal Code*, the court concluded that these provisions allow the sentencing judge to take pre-sentence custody into account in determining the range of sentence under the conditional sentencing regime.

Held (Deschamps and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie and Abella JJ.: The sentencing judge erred in imposing a conditional sentence. Under s. 742.1 of the *Criminal Code*, such a sentence cannot become available to an

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Lynn Fice *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. FICE

Référence neutre : 2005 CSC 32.

N° du greffe : 29965.

2005 : 13 janvier; 2005 : 20 mai.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — La période de détention présentencielle devrait-elle influer sur la possibilité d'ordonner l'emprisonnement avec sursis? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 719(3), 742.1.

L'accusée a plaidé coupable à des accusations de voies de fait graves, de fraude, d'usurpation d'identité, de contrefaçon et de manquement à un engagement. Au moment du prononcé de la peine, elle avait passé environ 16 mois en détention présentencielle et six mois en détention à domicile. L'avocat de la défense a reconnu que l'emprisonnement dans un pénitencier aurait été approprié si la peine avait été infligée au moment de l'arrestation. Le juge chargé de déterminer la peine a estimé que la détention présentencielle de l'accusée équivalait à presque trois ans d'incarcération et a conclu qu'elle devait purger 14 mois de plus au sein de la collectivité moyennant l'observation de certaines conditions. La Cour d'appel a maintenu la peine d'emprisonnement avec sursis. Se fondant sur une interprétation littérale du texte de l'art. 742.1 et du par. 719(3) du *Code criminel*, la Cour d'appel a jugé que ces dispositions autorisent le tribunal à tenir compte de la période de détention présentencielle dans la détermination de la fourchette des peines pour l'application du régime de l'emprisonnement avec sursis.

Arrêt (les juges Deschamps et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie et Abella : Le juge qui a fixé la peine a commis une erreur en prononçant un emprisonnement avec sursis. Suivant l'art. 742.1 du *Code criminel*,

offender who otherwise deserves a penitentiary term solely because of the time the offender has spent in pre-sentence custody. The conditional sentence regime was not designed for those offenders for whom a penitentiary term is appropriate. When a sentencing judge considers the gravity of the offence and the moral blameworthiness of the offender and concludes that a sentence in the penitentiary range is warranted and that a conditional sentence is therefore unavailable, time spent in pre-sentence custody ought not to disturb this conclusion.

Section 742.1 provides that a sentence of imprisonment of less than two years must be imposed before a conditional sentence can be authorized. The *Proulx* approach to s. 742.1 requires a sentencing judge to proceed in two stages. At the first stage, the judge must determine if a conditional sentence is available. In doing so, the judge need not impose a term of imprisonment of a fixed duration; rather, he need only exclude two possibilities: probationary measures and a penitentiary term. If a conditional sentence is available, the judge must, at the second stage, determine if it is appropriate. The time spent in pre-sentence custody ought to be taken into account at the second stage of the analysis with respect to the duration of the sentence, not at the first stage with respect to sentence range. To hold otherwise would run counter to the nature of the conditional sentencing regime, as it was defined in *Proulx*. The time spent in pre-sentence custody should be considered part of the offender's total punishment rather than a mitigating factor that can affect the range of sentence and the availability of a conditional sentence. Furthermore, under the *Proulx* approach, s. 742.1(*a*) should not be construed literally. The requirement in s. 742.1(*a*) that the court impose "a sentence of imprisonment of less than two years" must be interpreted purposively, and it is fulfilled by a preliminary determination of the appropriate range of available sentences.

The judicial discretion, provided for in s. 719(3) of the *Code*, to consider the time spent in pre-sentencing custody in determining the sentence to be imposed does not mean that the requirement in s. 742.1(*a*) refers only to the actual time to be spent in jail after sentencing; rather, this requirement refers to the total time taken into account by

le délinquant qui mérite par ailleurs l'emprisonnement dans un pénitencier ne saurait avoir accès à l'emprisonnement avec sursis du seul fait de la période qu'il passe en détention présentencielle. Le régime d'emprisonnement avec sursis n'a pas été conçu à l'intention des délinquants à l'égard desquels l'emprisonnement dans un pénitencier est approprié. Quand, après avoir examiné la gravité de l'infraction et la culpabilité morale du délinquant, le tribunal conclut qu'une peine située dans la fourchette des peines d'emprisonnement dans un pénitencier est justifiée et qu'un sursis à l'emprisonnement n'est donc pas possible, la période de détention présentencielle ne doit pas avoir pour effet de modifier cette conclusion.

L'article 742.1 prévoit que le délinquant doit avoir été condamné à un emprisonnement de moins de deux ans pour être admissible à l'emprisonnement avec sursis. Conformément à l'approche établie dans *Proulx* à l'égard de l'art. 742.1, le juge qui détermine la peine doit procéder en deux étapes. Il doit d'abord se demander s'il est possible de prononcer une condamnation à l'emprisonnement avec sursis. À cette étape, le juge n'a pas à infliger une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée; il n'a qu'à décider s'il y a lieu d'écarter deux possibilités : (i) les mesures probatoires; (ii) l'emprisonnement dans un pénitencier. Si le juge peut prononcer l'emprisonnement avec sursis, il doit ensuite décider si cette peine est appropriée. La période passée en détention présentencielle doit être prise en compte à cette deuxième étape de l'analyse, qui concerne la durée de la peine, plutôt qu'à la première, qui concerne la fourchette des peines applicables. Toute autre conclusion serait contraire à la nature du régime d'emprisonnement avec sursis, tel qu'il a été défini dans *Proulx*. La période passée sous garde par le délinquant avant le prononcé de sa peine doit être considérée comme faisant partie de la durée totale de l'emprisonnement plutôt que comme un facteur atténuant susceptible d'avoir une incidence sur la fourchette des peines applicables et, partant, sur son admissibilité à l'emprisonnement avec sursis. En outre, suivant l'approche établie dans *Proulx*, la condition prévue par l'art. 742.1 requérant que le tribunal condamne le délinquant « à un emprisonnement de moins de deux ans » doit être interprétée téléologiquement. Le tribunal satisfait à cette condition en déterminant de façon préliminaire la fourchette des peines applicables.

Le pouvoir discrétionnaire que confère le par. 719(3) du *Code* de prendre en compte la période de détention présentencielle pour fixer la peine à infliger ne signifie pas que le second préalable prévu par l'art. 742.1 — à savoir que la personne ait été condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans pour être admissible à un

the sentencing judge in determining the degree of punishment warranted by the gravity of the offence and the moral blameworthiness of the offender.

Per Deschamps and Fish JJ. (dissenting): The Court of Appeal's reasons and its conclusion that a conditional sentence was available in this case are agreed with. A sentence of less than two years is not transformed into a sentence of more than two years for the purpose of s. 742.1(*a*) of the *Criminal Code* simply because the trial judge took into account, in imposing the sentence of less than two years, time already spent in custody as a result of the offence. When the offence is not punishable by a minimum term of imprisonment, a court is empowered by s. 742.1, in the plainest of terms, to impose a conditional sentence whenever it imposes a sentence of less than two years and is satisfied that serving the sentence in the community meets the test set out in s. 742.1(*b*). A court that might otherwise have imposed a sentence of more than two years is authorized by s. 719(3) of the *Code* to impose a sentence of less than two years where a longer term of imprisonment would be excessive, bearing in mind the time already spent in custody as a result of the offence. From a statutory point of view, the resulting sentence of less than two years clearly satisfies s. 742.1(*a*). Nothing in *Proulx* precludes the imposition of a conditional sentence where, as here, the statutory conditions are met.

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; **referred to:** *R. v. Wu*, [2003] 3 S.C.R. 530, 2003 SCC 73; *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18; *R. v. McDonald* (1998), 127 C.C.C. (3d) 57; *R. v. Knoblauch*, [2000] 2 S.C.R. 780, 2000 SCC 58; *R. v. Predenchuk* (2000), 199 Sask. R. 264, 2000 SKCA 122; *R. v. Runns* (2002), 165 C.C.C. (3d) 217, 2002 SKCA 48; *R. v. Dobis* (2002), 58 O.R. (3d) 536; *R. v. Persaud* (2002), 26 M.V.R. (4th) 41; *R. v. Bastien*, [2003] R.J.Q. 1695; *R. v. McClelland* (2001), 281 A.R. 378, 2001 ABCA 182; *R. v. La* (2003), 15 Alta. L.R. (4th) 56, 2003 ABQB 391; *R. v. Skani* (2002), 331 A.R. 50, 2002 ABQB 1097; *R. v. Brown* (2002), 32 M.V.R. (4th) 211, 2002 ABPC 187; *R. v. Harris* (2002), 167 C.C.C. (3d) 246, 2002 BCCA 152; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42.

sursis à l'emprisonnement — vise uniquement la période qui devra de fait être passée en prison après le prononcé de la peine; ce préalable concerne plutôt la période totale que le tribunal prend en compte pour déterminer la sévérité de la sanction requise par la gravité de l'infraction et la culpabilité morale du délinquant.

Les juges Deschamps et Fish (dissidents) : Il y a accord avec les motifs de la Cour d'appel et avec sa conclusion suivant laquelle l'emprisonnement avec sursis pouvait être prononcé en l'espèce. Une peine de moins de deux ans ne se transforme pas, pour l'application du second préalable de l'art. 742.1 du *Code criminel*, en une peine de plus de deux ans simplement parce que le juge du procès a, en infligeant la peine de moins de deux ans, pris en compte la période déjà passée sous garde par suite de l'infraction. Lorsque aucune peine minimale d'emprisonnement n'est prévue à l'égard de l'infraction, l'art. 742.1 habilite le tribunal, en termes on ne peut plus clairs, à surseoir à l'emprisonnement chaque fois qu'il inflige une peine de moins de deux ans et qu'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité satisfait au critère énoncé à cet égard à l'art. 742.1. Le paragraphe 719(3) du *Code* autorise le tribunal qui aurait autrement pu prononcer une peine de plus de deux ans à infliger une peine de moins de deux ans dans le cas où un emprisonnement plus long constituerait une peine excessive, vu la période déjà passée sous garde par suite de l'infraction. Sur le plan de la loi, la peine de moins de deux ans qui en résulte satisfait clairement au second préalable de l'art. 742.1. Rien dans l'arrêt *Proulx* n'exclut la possibilité d'ordonner l'emprisonnement avec sursis dans les cas où, comme en l'espèce, les conditions prévues par la loi sont réunies.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêt appliqué : *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; **arrêts mentionnés :** *R. c. Wu*, [2003] 3 R.C.S. 530, 2003 CSC 73; *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18; *R. c. McDonald* (1998), 127 C.C.C. (3d) 57; *R. c. Knoblauch*, [2000] 2 R.C.S. 780, 2000 CSC 58; *R. c. Predenchuk* (2000), 199 Sask. R. 264, 2000 SKCA 122; *R. c. Runns* (2002), 165 C.C.C. (3d) 217, 2002 SKCA 48; *R. c. Dobis* (2002), 58 O.R. (3d) 536; *R. c. Persaud* (2002), 26 M.V.R. (4th) 41; *R. c. Bastien*, [2003] R.J.Q. 1695; *R. c. McClelland* (2001), 281 A.R. 378, 2001 ABCA 182; *R. c. La* (2003), 15 Alta. L.R. (4th) 56, 2003 ABQB 391; *R. c. Skani* (2002), 331 A.R. 50, 2002 ABQB 1097; *R. c. Brown* (2002), 32 M.V.R. (4th) 211, 2002 ABPC 187; *R. c. Harris* (2002), 167 C.C.C. (3d) 246, 2002 BCCA 152; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42.

By Fish J. (dissenting)

R. v. Proulx, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XXIII, ss. 718, 718.1, 718.2, 719(1), (3), 731(1)(*b*), 742.1.

Authors Cited

Roberts, Julian V. "Pre-Trial Custody, Terms of Imprisonment and the Conditional Sentence: Crediting 'Dead Time' to Effect 'Regime Change' in Sentencing" (2005), 9 *Can. Crim. L. Rev.* 191.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Charron, Moldaver and Feldman JJ.A.) (2003), 65 O.R. (3d) 751, 173 O.A.C. 357, 13 C.R. (6th) 174, 177 C.C.C. (3d) 566, [2003] O.J. No. 2617 (QL), affirming a decision of McLean J., 2002 CarswellOnt 5477. Appeal allowed, Deschamps and Fish JJ. dissenting.

Philip Perlmutter, for the appellant.

D. Edwin Boeve, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie and Abella JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Overview

The issue in this case is whether pre-sentence custody should affect a sentencing judge's determination of the availability of a conditional sentence. The problem here is one of statutory interpretation. Section 719(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, authorizes a court to take into account time spent in custody in determining the sentence to be imposed, while s. 742.1(*a*) of the *Criminal Code* provides that a sentence of imprisonment of less than two years must be imposed before a conditional sentence can be authorized. Does a sentencing judge decide on the availability of a conditional sentence on the basis of the actual time to be spent in jail after sentencing, or the total punishment of the offender, which reflects the degree of punishment warranted

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Proulx, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, Partie XXIII, art. 718, 718.1, 718.2, 719(1), (3), 731(1)*b*), 742.1.

Doctrine citée

Roberts, Julian V. « Pre-Trial Custody, Terms of Imprisonment and the Conditional Sentence : Crediting "Dead Time" to Effect "Regime Change" in Sentencing » (2005), 9 *R.C.D.P.* 191.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Charron, Moldaver et Feldman) (2003), 65 O.R. (3d) 751, 173 O.A.C. 357, 13 C.R. (6th) 174, 177 C.C.C. (3d) 566, [2003] O.J. No. 2617 (QL), qui a confirmé une décision du juge McLean, 2002 CarswellOnt 5477. Pourvoi accueilli, les juges Deschamps et Fish sont dissidents.

Philip Perlmutter, pour l'appelante.

D. Edwin Boeve, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Bastarache, Binnie et Abella rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Aperçu

1 Il s'agit en l'espèce de savoir si la détention présentencielle devrait avoir une incidence sur la possibilité d'ordonner l'emprisonnement avec sursis. Le problème posé en est un d'interprétation législative. Le paragraphe 719(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, autorise le tribunal à prendre en compte la période passée sous garde pour fixer la peine à infliger, alors que, suivant une des conditions prévues par l'art. 742.1 du *Code criminel*, le délinquant doit avoir été condamné à un emprisonnement de moins de deux ans pour être admissible à l'emprisonnement avec sursis. Pour se prononcer sur la possibilité de surseoir à l'emprisonnement, le juge se fonde-t-il sur la période pendant laquelle le délinquant sera effectivement incarcéré après le

by the gravity of the offence and the moral blameworthiness of the offender?

2 Section 742.1(*a*) was interpreted in a purposeful manner in *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5. This Court decided that the requirement that the court must impose a sentence of imprisonment of less than two years before a conditional sentence can be authorized should be fulfilled by a preliminary determination of the appropriate range of available sentences. In the course of this determination, the judge need only exclude two possibilities: (a) probationary measures; and (b) a penitentiary term. The judge need not impose a term of imprisonment of a fixed duration in the first stage of the application of s. 742.1(*a*). Thus, it can be stated that the object of the requirement in s. 742.1(*a*) is to exclude categories of offenders from the conditional sentencing regime on the basis of the range of sentence that would apply to them. In particular, offenders for whom probation or a penitentiary sentence would be considered appropriate are barred from receiving a conditional sentence.

3 In my view, this interpretation of s. 742.1(*a*) is determinative of the issue in the present case. Here, the respondent pleaded guilty to aggravated assault, fraud over $5,000, personation, forgery and breach of recognizance. Defence counsel conceded that a penitentiary sentence was otherwise warranted but urged a conditional sentence be imposed because of the time spent in pre-sentence custody. The respondent had spent approximately 16 months in pre-sentence custody and six months in a circumstance of house arrest at the time of sentencing. Without addressing the Crown's argument that it was not open to him as a matter of law to impose a conditional sentence, the sentencing judge considered the respondent's pre-sentence custody to be the equivalent of almost three years of incarceration. He then concluded that the respondent should serve an additional 14 months in the community on certain conditions.

prononcé de la peine, ou sur la durée totale de l'emprisonnement, laquelle reflète la peine requise par la gravité de l'infraction et la culpabilité morale du délinquant?

La condition prévue par l'art. 742.1 requérant que le délinquant soit condamné à un emprisonnement de moins de deux ans pour pouvoir être admissible au sursis à l'emprisonnement a reçu une interprétation téléologique dans l'arrêt *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5. Notre Cour a jugé que, pour décider si cette condition est respectée, le tribunal détermine de façon préliminaire la fourchette des peines applicables. Pour ce faire, il suffit au tribunal de décider s'il y a lieu d'écarter deux possibilités : a) les mesures probatoires; b) l'emprisonnement dans un pénitencier. Il n'a pas à infliger une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée à la première étape de l'examen de cette condition. On peut en conséquence affirmer que la condition en question a pour objet d'exclure certaines catégories de délinquants du régime de sursis à l'emprisonnement sur la base de la fourchette des peines qui leur seraient applicables. Plus particulièrement, les délinquants pour lesquels la probation ou une peine d'emprisonnement dans un pénitencier serait jugée appropriée ne peuvent bénéficier d'un sursis à l'emprisonnement.

À mon avis, cette interprétation de la condition de l'art. 742.1 requérant une condamnation à un emprisonnement de moins de deux ans permet de trancher la question en litige dans la présente affaire. L'intimée a plaidé coupable à des accusations de voies de fait graves, de fraude de plus de 5 000 $, d'usurpation d'identité, de contrefaçon et de manquement à un engagement. L'avocat de la défense a reconnu qu'une peine d'emprisonnement dans un pénitencier était par ailleurs justifiée, mais a demandé l'octroi d'un sursis compte tenu de la période de détention présentencielle purgée par l'intimée. Au moment du prononcé de la peine, cette dernière avait passé environ 16 mois en détention présentencielle et six mois en détention à domicile. Sans statuer sur l'argument du ministère public voulant qu'il ne pouvait légalement ordonner l'emprisonnement avec sursis, le juge chargé de déterminer la peine a estimé que la détention

The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal: (2003), 65 O.R. (3d) 751.

As noted above, defence counsel conceded that a penitentiary sentence was otherwise appropriate. According to this Court's purposive interpretation of s. 742.1(*a*) in *Proulx*, the respondent therefore fell into a category of offenders that is excluded from the conditional sentencing regime. In my view, the sentencing judge erred in imposing such a sentence. A conditional sentence cannot become available to an offender who otherwise deserves a penitentiary term solely because of the time the offender spends in pre-sentence custody.

II. Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

719. (1) A sentence commences when it is imposed, except where a relevant enactment otherwise provides.

. . .

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence.

742.1 Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

(*a*) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and

(*b*) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

présentencielle de l'intimée équivalait à presque trois ans d'incarcération. Il a conclu que l'intimée devait purger 14 mois de plus au sein de la collectivité moyennant l'observation de certaines conditions. La Cour d'appel a rejeté l'appel formé par la Couronne : (2003), 65 O.R. (3d) 751.

Comme il a été indiqué précédemment, l'avocat de la défense a admis qu'une peine d'emprisonnement dans un pénitencier était à tous autres égards appropriée. Suivant l'interprétation téléologique que notre Cour a donnée dans l'arrêt *Proulx* de la condition susmentionnée prévue par l'art. 742.1, l'intimée tombait donc dans une catégorie de délinquants exclue du champ d'application du régime de sursis à l'emprisonnement. Selon moi, le juge qui a fixé la peine a commis une erreur en prononçant une telle condamnation. Le délinquant qui mérite par ailleurs l'emprisonnement dans un pénitencier ne saurait avoir accès à l'emprisonnement avec sursis du seul fait de la période qu'il passe en détention présentencielle.

II. Dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

719. (1) La peine commence au moment où elle est infligée, sauf lorsque le texte législatif applicable y pourvoit de façon différente.

. . .

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction.

742.1 Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3.

III. Analysis

6 The provisions regarding conditional sentences were first considered in *Proulx*. In that case, Lamer C.J. noted that the conditional sentence was specifically enacted as a new sanction designed to achieve Parliament's two objectives: (i) reducing the use of prison as a sanction, and (ii) expanding the use of restorative justice principles in sentencing (paras. 15 and 21). He described the conditional sentence as "a meaningful alternative to incarceration for less serious and non-dangerous offenders" (para. 21).

7 After identifying the objectives underlying the new conditional sentencing regime, Lamer C.J. then turned to the criteria, set out in s. 742.1, that a court must consider before deciding to impose a conditional sentence:

> (1) the offender must be convicted of an offence that is not punishable by a minimum term of imprisonment;
>
> (2) the court must impose a term of imprisonment of less than two years;
>
> (3) the safety of the community would not be endangered by the offender serving the sentence in the community; and
>
> (4) a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2. [para. 46]

He described the first three criteria as "prerequisites" to any conditional sentence, in that they "answer the question of whether or not a conditional sentence is possible in the circumstances" (para. 47). In the context of this appeal, we are concerned with the second prerequisite — i.e. that the court impose a term of imprisonment of less than two years. This prerequisite is set out in s. 742.1(*a*) of the *Criminal Code*.

8 In his reasons for judgment in *Proulx*, Lamer C.J. acknowledged that a literal reading of s. 742.1(*a*) suggests that the decision to impose

III. Analyse

Les dispositions relatives à l'emprisonnement avec sursis ont été examinées pour la première fois dans l'arrêt *Proulx*. Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer a indiqué que la peine d'emprisonnement avec sursis a été établie précisément en tant que sanction visant à la réalisation des deux objectifs suivants du législateur : (i) réduire le recours à l'emprisonnement comme sanction; (ii) élargir l'application des principes de justice corrective au moment du prononcé de la peine (par. 15 et 21). Il a décrit l'emprisonnement avec sursis comme « une solution de rechange à l'incarcération de certains délinquants non dangereux » (par. 21).

Après avoir défini les objectifs à la base du nouveau régime de sursis à l'emprisonnement, le juge en chef Lamer a examiné les critères, énoncés à l'art. 742.1, que le tribunal doit prendre en compte avant d'octroyer le sursis :

> (1) le délinquant doit être déclaré coupable d'une infraction autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue;
>
> (2) le tribunal doit infliger au délinquant une peine d'emprisonnement de moins de deux ans;
>
> (3) le fait que le délinquant purge sa peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci;
>
> (4) le prononcé d'une ordonnance d'emprisonnement avec sursis est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2. [par. 46]

Il a qualifié les trois premiers critères de « préalables » au prononcé de toute condamnation à l'emprisonnement avec sursis, en ce que leur présence « répond à la question de savoir si une telle peine peut être infligée dans les circonstances » (par. 47). Pour les besoins du présent pourvoi, nous nous intéressons au deuxième préalable — soit celui qui requiert que le délinquant ait été condamné à une peine d'emprisonnement de moins de deux ans.

Dans les motifs qu'il a rédigés dans l'arrêt *Proulx*, le juge en chef Lamer a reconnu que, suivant une interprétation littérale du second préalable prévu

a conditional sentence should be made in two distinct stages. He described these two stages as follows:

In the first stage, the judge would have to decide the appropriate sentence according to the general purposes and principles of sentencing (now set out in ss. 718 to 718.2). Having found that a term of imprisonment of less than two years is warranted, the judge would then, in a second stage, decide whether this same term should be served in the community pursuant to s. 742.1. [para. 50]

Nevertheless, Lamer C.J. did not accept this literal interpretation of s. 742.1(*a*) and the two-step approach it implied because it would have introduced "a rigidity which is both unworkable and undesirable in practice" (para. 51). He was concerned with two issues in particular.

First, he was concerned with the fact that, in practice, "the determination of a term of imprisonment is necessarily intertwined with the decision of where the offender will serve the sentence" (para. 52). For example, he noted that "[a] judge does not impose a fixed sentence of 'x months' in the abstract, without having in mind where that sentence will be served" (para. 52). Moreover, when a conditional sentence is chosen, he observed that its duration will depend on the type of conditions imposed. In light of this concern, Lamer C.J. concluded that "the duration of the sentence should not be determined separately from the determination of its venue" (para. 52).

Second, Lamer C.J. was concerned that if the rigid, two-step approach implied by a literal reading of s. 742.1(*a*) were to be followed, then this could lead to a "penological paradox", in that the "second step of the analytical process would effectively compromise the principles of sentencing that led to the imposition of a sentence of imprisonment in the first place" (para. 54). He explained that the principle of proportionality, set out in s. 718.1 as the fundamental principle of sentencing, requires that all sentences be proportional to the gravity of the offence and the degree of

par l'art. 742.1, la décision de prononcer l'emprisonnement avec sursis doit être prise en deux étapes distinctes. Il a décrit ainsi les deux étapes en question :

Premièrement, le tribunal devrait déterminer la peine appropriée en conformité avec les principes et les objectifs généraux de la détermination de la peine (maintenant énoncés aux art. 718 à 718.2). Deuxièmement, lorsqu'il a jugé qu'une peine d'emprisonnement de moins de deux ans est justifiée, le tribunal devrait décider si cette peine doit être purgée au sein de la collectivité conformément à l'art. 742.1. [par. 50]

9 Toutefois, le juge en chef Lamer n'a pas souscrit à cette interprétation littérale du second préalable de l'art. 742.1 et à la démarche en deux étapes qu'elle impliquait, parce que cela aurait amené « une rigidité qui n'est ni souhaitable ni applicable en pratique » (par. 51). Il s'est dit préoccupé par deux questions en particulier.

10 Premièrement, il s'est inquiété du fait qu'en pratique « la détermination de la durée d'une peine d'emprisonnement et la détermination du lieu où elle sera purgée par le délinquant sont inextricablement liées » (par. 52). Il a fait observer, par exemple, que « [l]e juge n'inflige pas un emprisonnement de "x mois" dans l'abstrait, sans se demander où cette peine sera purgée » (par. 52). De plus, il a souligné que, lorsque le tribunal opte pour l'emprisonnement avec sursis, sa durée dépend du genre de conditions dont l'ordonnance est assortie. À cet égard, il a conclu que « [l]a durée de la peine ne peut donc pas être déterminée indépendamment du lieu où celle-ci sera purgée » (par. 52).

11 Deuxièmement, le juge en chef Lamer craignait que le fait de suivre la démarche rigide en deux étapes qu'impliquait l'interprétation littérale du second préalable prévu par l'art. 742.1 conduise à un « paradoxe pénologique », en ce que la « seconde étape de la démarche analytique aurait concrètement pour effet de compromettre l'application des principes de détermination de la peine faite initialement et qui a mené à l'infliction de la peine d'emprisonnement » (par. 54). Il a expliqué que le principe de la proportionnalité — principe fondamental en matière de détermination de la peine énoncé à

responsibility of the offender. However, Lamer C.J. noted that

> [w]hen a judge — in the first stage decides that a term of imprisonment of "x months" is appropriate, it means that this sentence is proportional. If the sentencing judge decides — in the second stage — that the same term can be served in the community, it is possible that the sentence is no longer proportional to the gravity of the offence and the responsibility of the offender, since a conditional sentence will generally be more lenient than a jail term of equivalent duration. [Emphasis in original; para. 54.]

Therefore, he concluded that the two-step approach implied by a literal reading of s. 742.1 "introduces a rigidity in the sentencing process that could lead to an unfit sentence" (para. 54).

12 On the basis of these two concerns, Lamer C.J. declined to interpret s. 742.1(*a*) literally. Instead, he proposed to interpret this provision purposively and said that the requirement that the court impose a sentence of imprisonment of less than two years before a conditional sentence can be authorized

> was included to identify the type of offenders who could be entitled to a conditional sentence. At one end of the range, Parliament denied the possibility of a conditional sentence for offenders who should receive a penitentiary term. At the other end, Parliament intended to ensure that offenders who were entitled to a more lenient community measure — such as a suspended sentence with probation — did not receive a conditional sentence, a harsher sanction in this legislative scheme. [para. 55]

13 Therefore, Lamer C.J. held that "the requirement that the court must impose a sentence of imprisonment of less than two years can be fulfilled by a preliminary determination of the appropriate range of available sentences" (para. 58). Of course, the overall approach to s. 742.1 suggested by Lamer C.J. still requires a sentencing

l'art. 718.1 — exige que la peine soit proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Le juge en chef Lamer a toutefois affirmé que

> [l]orsque, à la première étape, le tribunal détermine qu'une peine d'emprisonnement de « x mois » est justifiée, cela signifie que cette peine est proportionnelle. Si, à la seconde étape, il décide que la peine en question peut être purgée au sein de la collectivité, il est possible que la peine ne soit plus proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant, puisqu'une peine d'emprisonnement avec sursis est généralement une peine plus clémente qu'un emprisonnement de même durée. [Soulignements dans l'original; par. 54.]

Il a donc conclu que la démarche en deux étapes qu'implique une interprétation littérale de l'art. 742.1 « donne au processus de détermination de la peine une rigidité qui pourrait entraîner l'infliction d'une peine inappropriée » (par. 54).

En raison de ces deux préoccupations, le juge en chef Lamer a refusé d'interpréter littéralement le second préalable prévu par l'art. 742.1. Il a plutôt proposé d'interpréter téléologiquement cette disposition, affirmant que la condition requérant que le délinquant ait été condamné à un emprisonnement de moins de deux ans pour être admissible à un sursis a

> été établie en vue d'indiquer le type de délinquants admissibles au sursis à l'emprisonnement. À une extrémité du spectre, le législateur a refusé le bénéfice de cette sanction aux délinquants qui devraient recevoir une peine d'emprisonnement dans un pénitencier. À l'autre extrémité du spectre, il a voulu faire en sorte que les délinquants admissibles à une sanction communautaire plus clémente — telle qu'un sursis au prononcé de la peine avec mise en probation — ne soient pas condamnés à l'emprisonnement avec sursis, sanction plus sévère dans le régime législatif. [par. 55]

Aussi, le juge en chef Lamer a estimé que « le tribunal peut s'acquitter de l'obligation qui lui est faite de condamner le délinquant à un emprisonnement de moins de deux ans en déterminant de façon préliminaire la fourchette des peines applicables » (par. 58). Évidemment, l'approche globale que le juge en chef Lamer préconise à

judge to proceed in two stages: first, the judge must determine if a conditional sentence is available; if it is, the judge must then determine if it is appropriate. However, at the first stage of this analysis, Lamer C.J. made it clear that the judge need not impose a term of imprisonment of a fixed duration; rather, the judge need only exclude two possibilities: (i) probationary measures, and (ii) a penitentiary term. Lamer C.J. explained that "[i]f either of these sentences is appropriate, then a conditional sentence should not be imposed" (para. 58). In making this preliminary determination, he noted that "the judge need only consider the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 to the extent necessary to narrow the range of sentence for the offender" (para. 59).

l'égard de l'art. 742.1 oblige quand même le tribunal à procéder en deux étapes : il doit d'abord se demander s'il est possible de prononcer une condamnation à l'emprisonnement avec sursis; dans l'affirmative, il doit ensuite décider si cette peine est appropriée. Cependant, le juge en chef Lamer a clairement indiqué que, à la première étape de cette analyse, le tribunal n'a pas à infliger une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée; il n'a qu'à décider s'il y a lieu d'écarter deux possibilités : (i) les mesures probatoires; (ii) l'emprisonnement dans un pénitencier. Le juge en chef Lamer a indiqué que « [s]i l'une ou l'autre de ces sanctions est appropriée, l'emprisonnement avec sursis ne devrait pas être prononcé » (par. 58). Il a souligné que, pour rendre cette décision préliminaire, « il suffit au tribunal de prendre en compte l'objectif essentiel et les principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2, dans la mesure nécessaire pour délimiter la fourchette des peines applicables au délinquant » (par. 59).

In this case, it is not argued that a penitentiary sentence was unwarranted; what is argued is that the actual sentence imposed by the sentencing judge was less than two years and that a conditional sentence was therefore available. This argument is not consistent with the conditional sentencing regime, as defined in *Proulx*, for three reasons. 14

Dans l'affaire qui nous est soumise, on ne prétend pas qu'une peine d'emprisonnement dans un pénitencier n'était pas justifiée; ce qu'on prétend, c'est que la peine infligée dans les faits par le tribunal était de moins de deux ans et que, par conséquent, il était possible de prononcer une ordonnance de sursis. Cet argument n'est pas compatible avec le régime de sursis à l'emprisonnement, tel que défini dans l'arrêt *Proulx*, et ce, pour trois raisons.

First, the object of the requirement in s. 742.1(*a*) is to ensure that a conditional sentence is only available for those offenders who would have otherwise received a sentence of imprisonment of less than two years. Offenders for whom probation or penitentiary sentence would be appropriate are barred from receiving a conditional sentence: see *Proulx*, at paras. 49 and 55. In his sentencing submissions, defence counsel conceded that a penitentiary sentence would have been appropriate had it been imposed at the time of the respondent's arrest. The time spent in pre-sentence custody notwithstanding, since the respondent was the type of offender who deserved a penitentiary 15

Premièrement, le second préalable prévu par l'art. 742.1 vise à faire en sorte que seuls les délinquants qui auraient autrement été condamnés à une peine d'emprisonnement de moins de deux ans puissent bénéficier d'un sursis. Les délinquants à l'égard desquels la probation ou une peine d'emprisonnement dans un pénitencier seraient appropriées sont exclus de ce régime : voir *Proulx*, par. 49 et 55. Dans ses observations sur la détermination de la peine, l'avocat de la défense a reconnu que l'emprisonnement dans un pénitencier aurait été approprié si la peine avait été infligée au moment de l'arrestation de l'intimée. Si l'on fait abstraction de sa période de détention présentencielle, comme

term, by operation of s. 742.1(*a*) and this Court's interpretation of this requirement in *Proulx*, a conditional sentence was not available.

16 This conclusion accords with this Court's caution against "widening the net" of the conditional sentencing regime. In *Proulx*, Lamer C.J. warned against imposing conditional sentences on offenders who would otherwise have received a non-custodial disposition, since this could undermine Parliament's objective of reducing incarceration for less serious offenders (para. 56). Similarly, in *R. v. Wu*, [2003] 3 S.C.R. 530, 2003 SCC 73, Binnie J. for a majority of this Court stated that to imprison an offender in his or her home under punitive conditions purely on the basis of his or her inability to pay a fine would be to widen the net of the conditional sentencing regime, and such widening is repugnant to the regime that was enacted by Parliament (para. 27).

17 Although the cautions against net widening in *Proulx* and *Wu* relate to imposing conditional sentences on offenders who would otherwise have received a non-custodial disposition, in my view, this caution should also extend to imposing conditional sentences on offenders who would otherwise have received a penitentiary term, as is the case here. In this regard, I agree with the appellant that in enacting s. 742.1, Parliament intended to cast a small net and only capture conduct serious enough to attract a sentence of incarceration but not so severe as to warrant a penitentiary term. The limits of this net are clearly defined in s. 742.1 and should not be stretched at either end. Therefore, just as the conditional sentence net should not be stretched to include an offender who simply cannot pay a fine, it should likewise not be stretched to include an offender for whom a penitentiary term would be appropriate were it

l'intimée était le type de délinquante qui méritait l'emprisonnement dans un pénitencier, elle n'était pas admissible au sursis à l'emprisonnement, par suite de l'effet du second préalable prévu par l'art. 742.1 et de l'interprétation que notre Cour a donnée de cette condition dans l'arrêt *Proulx*.

Cette conclusion concorde avec la mise en garde formulée par notre Cour contre l'« extension de l'application » du régime d'emprisonnement avec sursis. Dans l'arrêt *Proulx*, le juge en chef Lamer a en effet dit qu'il faudrait se garder d'octroyer le sursis aux délinquants qui n'auraient autrement pas été emprisonnés, étant donné que cela pourrait compromettre la réalisation de l'objectif du législateur qui est de réduire le recours à l'emprisonnement pour les délinquants non dangereux (par. 56). De même, dans l'arrêt *R. c. Wu*, [2003] 3 R.C.S. 530, 2003 CSC 73, le juge Binnie a affirmé, au nom des juges majoritaires de notre Cour, que le fait de détenir un délinquant à domicile et de l'assujettir à des conditions à caractère punitif sur le seul fondement de son incapacité de payer une amende aurait pour effet d'étendre l'application du régime d'emprisonnement avec sursis, et que cette extension serait contraire à l'esprit du régime établi par le législateur (par. 27).

Bien que les mises en garde contre l'extension du régime d'emprisonnement avec sursis formulées dans les arrêts *Proulx* et *Wu* concernent les délinquants qui autrement se seraient vu infliger une peine autre que l'emprisonnement, elles devraient également à mon avis s'appliquer aux délinquants qui auraient autrement reçu une peine d'emprisonnement dans un pénitencier, comme c'est le cas en l'espèce. À cet égard, je suis d'accord avec l'appelante pour dire que, en édictant l'art. 742.1, le législateur entendait créer un régime d'application limitée ne visant que les actes suffisamment graves pour donner lieu à une peine d'incarcération, mais pas assez graves pour justifier l'emprisonnement dans un pénitencier. Les limites de cette application sont clairement définies à l'art. 742.1 et ne devraient pas être repoussées à l'une ou l'autre extrémité. Ainsi, tout comme l'application du régime d'emprisonnement

not for his or her time spent in pre-sentence custody.

The second reason why it is inconsistent with the conditional sentencing regime to argue that pre-sentence custody should be taken into account in determining the availability of a conditional sentence is because the time spent in pre-sentence custody is part of the total punishment imposed; it is not a mitigating factor that can affect the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence.

In *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18, this Court considered the issue of whether, when Parliament has imposed a mandatory minimum sentence for a certain offence, a sentencing judge may exercise the discretion provided for in s. 719(3) of the *Criminal Code* and credit time spent in pre-sentence custody when calculating the appropriate sentence, if this has the effect of reducing the sentence pronounced by the court to less than the minimum provided by law. On behalf of this Court, Arbour J. approved of the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. McDonald* (1998), 127 C.C.C. (3d) 57, in which Rosenberg J.A., writing for a unanimous court, held that pre-sentence custody could be considered even if such credit resulted in reducing the sentence imposed on conviction below the mandatory minimum, since the total punishment would still equal this minimum.

In *Wust*, Arbour J. stated that "[t]o maintain that pre-sentencing custody can never be deemed punishment following conviction because the legal system does not punish innocent people is an exercise in semantics that does not acknowledge the reality of pre-sentencing custody" (para. 41 (emphasis in

avec sursis ne devrait pas être élargie pour inclure les délinquants qui sont tout simplement incapables de payer une amende, son application ne devrait pas non plus être étendue pour inclure une délinquante à l'égard de laquelle l'emprisonnement dans un pénitencier aurait été approprié n'eût été la période qu'elle a passée en détention présentencielle.

18 La deuxième raison pour laquelle il n'est pas conforme à l'esprit du régime d'emprisonnement avec sursis de prétendre qu'il faut prendre en compte la détention présentencielle pour déterminer si un délinquant est admissible à ce régime réside dans le fait que la période passée en détention présentencielle fait partie de la durée totale de l'emprisonnement; ce n'est pas un facteur atténuant susceptible d'avoir une incidence sur la fourchette des peines applicables et, partant, sur l'applicabilité de l'emprisonnement avec sursis.

19 Dans l'arrêt *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18, notre Cour a examiné la question de savoir si, dans les cas où le législateur établit une peine minimale obligatoire pour une infraction donnée, le tribunal peut exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 719(3) du *Code criminel* pour prendre en compte la période que le délinquant a passée sous garde avant le prononcé de sa peine lorsque, de ce fait, la peine qui lui serait infligée serait inférieure à la peine minimale prévue par la loi. Au nom de notre Cour, la juge Arbour a souscrit à la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. c. McDonald* (1998), 127 C.C.C. (3d) 57, où le juge Rosenberg, signant l'opinion unanime, a conclu que la période de détention présentencielle pouvait être prise en compte, même si cela avait pour effet de réduire la peine infligée en cas de déclaration de culpabilité en deçà du minimum obligatoire, puisque la durée totale de l'emprisonnement serait quand même égale à ce minimum.

20 Dans l'arrêt *Wust*, la juge Arbour a affirmé que « [p]rétendre que la détention présentencielle ne peut jamais être réputée constituer une peine après la déclaration de culpabilité — parce que le système judiciaire ne punit pas des personnes innocentes — est un exercice de sémantique qui ne

original)). In particular, Arbour J. noted the typically harsh nature of pre-sentence custody and its frequent characterization as "dead time" (paras. 28-29). She concluded that "while pre-trial detention is not intended as punishment when it is imposed, it is, in effect, deemed part of the punishment following the offender's conviction, by the operation of s. 719(3)" (para. 41).

21 Applying the reasoning in *Wust* to the issue in this case, I conclude that the time credited to an offender for time served before sentence ought to be considered part of his or her total punishment rather than a mitigating factor that can affect the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence. If the credit for time served awarded by the sentencing judge in this case is considered part of the respondent's total punishment, it is clear that this global sum of 50 months' imprisonment (three years pre-sentence plus 14 months post-sentence) is in the penitentiary range, thus rendering a conditional sentence an impossibility. Treating pre-sentence custody as part of the total punishment imposed also accords with the fact that, for purposes of precedent, the respondent's "sentence" for the offence she committed will generally be understood to be the global sum of 50 months, rather than the 14 months actually imposed by the sentencing judge.

22 Since the time spent in pre-sentence custody is part of the total punishment imposed, it is clear that it is not a mitigating factor that can affect the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence, as argued by the respondent. This makes sense because the appropriate range of sentence is related to the gravity of the offence or the moral blameworthiness of the offender, and these

tient pas compte de la réalité de cette détention » (par. 41 (soulignement dans l'original)). En particulier, la juge Arbour a fait état du caractère généralement pénible de la détention présentencielle et du fait qu'on qualifiait fréquemment cette période de « temps mort » (par. 28-29). Elle a conclu que « bien que la détention avant le procès ne se veuille pas une sanction lorsqu'elle est infligée, elle est, de fait, réputée faire partie de la peine après la déclaration de culpabilité du délinquant, par l'application du par. 719(3) » (par. 41).

Si j'applique le raisonnement suivi dans *Wust* à la question litigieuse en l'espèce, j'arrive à la conclusion que la réduction de peine accordée au délinquant pour tenir compte de la période qu'il a passée sous garde avant le prononcé de sa peine doit être considérée comme faisant partie de la durée totale de l'emprisonnement plutôt que comme un facteur atténuant susceptible d'avoir une incidence sur la fourchette des peines applicables et, partant, sur l'admissibilité à l'emprisonnement avec sursis. Si la réduction de peine accordée en l'espèce par le tribunal est considérée comme faisant partie de la durée totale de la peine de l'intimée, il est clair que ce total de 50 mois d'emprisonnement (trois ans de détention présentencielle plus 14 mois de détention après le prononcé de la peine) se situe dans la fourchette des peines d'emprisonnement dans un pénitencier, d'où l'impossibilité d'octroyer un sursis. Le fait de considérer la détention présentencielle comme faisant partie de la durée totale de la peine infligée s'accorde également avec le fait que, en tant que précédent, la « peine » infligée à l'intimée pour l'infraction qu'elle a commise sera généralement perçue comme constituée du total de 50 mois, plutôt que des 14 mois infligés dans les faits par le tribunal ayant déterminé la peine.

Comme la période passée en détention présentencielle fait partie de la durée totale de la peine infligée, il est clair qu'il ne s'agit pas là d'un facteur atténuant susceptible d'influer sur la fourchette des peines applicables et de ce fait sur l'admissibilité à l'emprisonnement avec sursis, comme le prétend l'intimée. Cette conclusion est logique, puisque la fourchette des peines applicables dépend de

concepts do not change with the time spent in pre-sentence custody. Let me explain.

When considering whether a conditional sentence was warranted in *Wu*, Binnie J. recognized that such a sentence should only arise for consideration when the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender require a term of imprisonment of less than two years. Specifically, Binnie J. wrote:

> Only when the sentencing judge has rejected other sentencing options, such as a conditional discharge, a suspended sentence, probation or a fine, and has concluded that a term of imprisonment of less than two years is required by the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender, does a conditional sentence arise for consideration. [para. 25]

On the basis of this passage from *Wu*, it is clear to me that the appropriate range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence is dependent on the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. This conclusion is also evident from Lamer C.J.'s reference in *Proulx* to the "type of offenders" envisaged by Parliament who could be entitled to a conditional sentence (para. 55).

The conclusion that the appropriate range of sentence is dependent on the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender begs the question: what effect does pre-sentence custody have on these two concepts? In my view, spending time in custody pre-sentence in no way changes the gravity of the offence, the degree of responsibility of the offender, or, as it was put in *Proulx*, the "type of offender". Thus, it is clear that the time spent in pre-sentence custody is not a mitigating factor that can affect the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence.

This conclusion also accords with Lamer C.J.'s statement in *Proulx* that "[i]n making [a] preliminary determination [of the appropriate range of

la gravité de l'infraction ou de la culpabilité morale du délinquant, et que ces notions ne varient pas en fonction de la période de détention présentencielle. Je m'explique.

23 Lorsqu'il s'est demandé s'il était justifié d'octroyer le sursis à l'emprisonnement dans *Wu*, le juge Binnie a reconnu qu'un tel sursis ne peut être envisagé que dans les cas où la gravité de l'infraction et le degré de responsabilité du délinquant appellent une peine d'emprisonnement de moins de deux ans. Plus précisément, le juge Binnie a écrit ceci :

> Le juge chargé de la détermination de la peine n'envisage l'octroi du sursis à l'emprisonnement qu'après avoir rejeté les autres peines possibles — telles que l'absolution sous conditions, le sursis au prononcé de la peine, la mise en probation ou l'imposition d'une amende — et après avoir conclu que la gravité de l'infraction et le degré de responsabilité du délinquant appellent une peine d'emprisonnement de moins de deux ans. [par. 25]

À la lumière de ce passage de l'arrêt *Wu*, il me semble évident que la fourchette des peines applicables et donc l'applicabilité de l'emprisonnement avec sursis dépendent de la gravité de l'infraction et du degré de responsabilité du délinquant. Cette conclusion ressort également de l'arrêt *Proulx*, où le juge en chef Lamer parle du « type de délinquants » que le législateur a voulu rendre admissibles au sursis à l'emprisonnement (par. 55).

24 La conclusion selon laquelle la fourchette des peines applicables dépend de la gravité de l'infraction et du degré de responsabilité du délinquant soulève la question suivante : Quelle incidence la détention présentencielle a-t-elle sur ces deux notions? Selon moi, la période de détention présentencielle ne change en rien la gravité de l'infraction, le degré de responsabilité du délinquant ou, comme on l'a dit dans l'arrêt *Proulx*, le « type de délinquant ». Il est donc clair que la période passée en détention présentencielle ne constitue pas un facteur atténuant pouvant influer sur la fourchette des peines applicables et, partant, sur l'applicabilité de l'emprisonnement avec sursis.

25 Cette conclusion est également conforme à l'énoncé du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Proulx* portant que « [p]our rendre [sa] décision

sentence], the judge need only consider the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 to the extent necessary to narrow the range of sentence for the offender" (para. 59). Not only did Lamer C.J. direct that the purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 need only be considered in a limited fashion when determining the range of sentence, it is also clear that he did not at all mention s. 719(3) and the discretion it bestows on a judge to take into account pre-sentence custody as a consideration at this stage of the analysis. This further supports the conclusion that time spent in pre-sentence custody should not be considered at the first stage of the analysis with respect to sentence range. This is not to say that time spent in pre-sentence custody is never taken into account. Rather, as I will explain below, this factor is properly considered at the second stage of the analysis with respect to the duration of the sentence.

préliminaire [quant à la fourchette des peines applicables], il suffit au tribunal de prendre en compte l'objectif essentiel et les principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2, dans la mesure nécessaire pour délimiter la fourchette des peines applicables au délinquant » (par. 59). Non seulement le juge en chef Lamer a-t-il indiqué que l'objectif et les principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 ne doivent être pris en compte que de façon limitée lors de la détermination de la fourchette des peines applicables, il est en outre clair qu'il n'a fait aucune mention du par. 719(3) et du pouvoir discrétionnaire que celui-ci confère au juge de prendre en compte, à cette étape de l'analyse, la période passée en détention présentencielle. Voilà qui renforce la conclusion que la période de détention présentencielle ne doit pas être prise en compte à la première étape de l'analyse, qui concerne la fourchette des peines applicables. Cela ne signifie pas que cette période n'est jamais prise en compte. Au contraire, comme je l'expliquerai plus loin, il convient de tenir compte de ce facteur à la deuxième étape de l'analyse, qui concerne la durée de la peine.

26 The third reason why it is inconsistent with the conditional sentencing regime to argue that time spent in pre-sentence custody should be taken into account in determining the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence is because this argument, accepted by the Court of Appeal and advanced by the respondent before this Court, is based on a plain reading of the requirement in s. 742.1(*a*), and such a reading has already been rejected by this Court.

La troisième raison pour laquelle il n'est pas conforme à l'esprit du régime d'emprisonnement avec sursis de prétendre que la période de détention présentencielle devrait être prise en compte lors de la détermination de la fourchette des peines applicables et donc de l'applicabilité du sursis, tient au fait que cet argument, accepté par la Cour d'appel et invoqué par l'intimée devant notre Cour, repose sur une interprétation littérale du second préalable prévu par l'art. 742.1, interprétation que notre Cour a déjà rejetée.

27 For instance, for a unanimous Court of Appeal in this case, Charron J.A. (as she then was) noted that "[t]he first criterion that must be met under s. 742.1(*a*) is that 'the court *imposes a sentence* of imprisonment of less than two years'", and, "[i]n 'determining the *sentence to be imposed*', s. 719(3) allows the court to count pre-sentence custody" (para. 18 (emphasis in original)). Relying on the plain meaning of the language of ss. 742.1 and 719(3), Charron J.A. concluded that these provisions allow the sentencing judge to take into account pre-sentence

Par exemple, dans l'arrêt unanime qu'elle a rédigé pour la Cour d'appel dans la présente affaire, la juge Charron (maintenant juge de notre Cour) a fait observer que [TRADUCTION] « [l]e premier critère auquel il faut satisfaire pour l'application du régime de l'art. 742.1 est que la personne soit "*condamnée* à un emprisonnement de moins de deux ans" », et que « pour "fixer *la peine à infliger*", le tribunal est autorisé par le par. 719(3) à prendre en compte la période passée sous garde avant le prononcé de la peine » (par. 18 (en italique dans l'original)). Se

custody in determining the range of sentence under the conditional sentencing regime.

This conclusion must be rejected because, as discussed above, in *Proulx*, this Court declined to read s. 742.1(*a*) literally and instead gave the requirement that the court "impos[e] a sentence of imprisonment of less than two years" a purposive interpretation, in which it concluded that this requirement should be fulfilled by a preliminary determination of the appropriate range of available sentences (para. 58). It is only after this preliminary determination is made and all other statutory prerequisites are met that the judge should proceed to the second stage of the analysis, in which the duration, venue and, if imposing a conditional sentence, conditions of the sentence are determined (*Proulx*, at para. 60).

In my view, the time spent in pre-sentence custody ought to be considered at the second stage of the analysis with respect to the duration of the sentence rather than at the first stage with respect to sentence range. I have already explained above why the time spent in pre-sentence custody should not affect the range of the sentence. Let me now explain why this factor ought to be considered with respect to the duration of the sentence.

First, as noted above, in *Proulx*, Lamer C.J. held that when the sentencing judge is determining the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence, he or she need not impose a term of imprisonment of fixed duration; rather, the judge need only exclude two possibilities: (a) probationary measures; and (b) a penitentiary term. Therefore, to argue, as the respondent does, that the judge should nonetheless be permitted to take into account the time spent in pre-sentence custody

fondant sur une interprétation littérale du texte de l'art. 742.1 et du par. 719(3), la juge Charron a conclu que ces dispositions autorisent le tribunal à tenir compte de la période de détention présentencielle dans la détermination de la fourchette des peines pour l'application du régime de l'emprisonnement avec sursis.

28 Cette conclusion doit être rejetée parce que, comme nous l'avons expliqué plus tôt, notre Cour a, dans l'arrêt *Proulx*, refusé d'interpréter littéralement le second préalable prévu par l'art. 742.1, et a plutôt donné une interprétation téléologique de la condition requérant que la personne déclarée coupable ait été « condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans », ce qui l'a amenée à conclure que l'on peut satisfaire à cette condition en déterminant de façon préliminaire la fourchette des peines applicables (par. 58). Ce n'est qu'une fois qu'il a pris cette décision préliminaire, et que tous les autres préalables prévus par la loi sont respectés, que le juge passe à la seconde étape de l'analyse, où sont fixés la durée de la peine et l'endroit où elle sera purgée, et, s'il rend une ordonnance de sursis à l'emprisonnement, la nature des conditions dont elle sera assortie (*Proulx*, par. 60).

29 À mon avis, la période passée en détention présentencielle doit être prise en compte à la deuxième étape de l'analyse, qui concerne la durée de la peine, plutôt qu'à la première, qui concerne la fourchette des peines applicables. J'ai déjà expliqué pourquoi la période de détention présentencielle ne devait pas influer sur la fourchette des peines applicables. Voyons maintenant pourquoi ce facteur doit être pris en compte pour ce qui est de la durée de la peine.

30 Premièrement, comme je l'ai dit précédemment, le juge en chef Lamer a conclu dans *Proulx* que, lorsque le tribunal se prononce sur la fourchette des peines applicables et donc sur l'applicabilité de l'emprisonnement avec sursis, il n'a pas à infliger une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée; il lui suffit de décider s'il y a lieu d'écarter deux possibilités : a) les mesures probatoires; b) l'emprisonnement dans un pénitencier. Par conséquent, prétendre, comme le fait l'intimée, que le juge devrait

at this stage of the analysis does not make sense, since the judge cannot deduct a specific figure (i.e. the credit for the time served) from a general range of sentence. Instead, the judge ought to apply any credit for time served when he or she finally fixes the duration of the sentence imposed. This will occur in the second stage of the analysis set out in *Proulx*.

31 Second, in *Wust*, Arbour J. stated that by holding that s. 719(3) may be applied to mandatory minimum punishments, "this Court can uphold both Parliament's intention that offenders under s. 344(*a*) receive a minimum punishment of four years imprisonment and Parliament's equally important intention to preserve the judicial discretion to consider pre-sentencing custody under s. 719(3) and ensure that justice is done in the individual case" (para. 9 (emphasis in original)). I agree with the appellant that it can likewise be stated that by holding that pre-sentence custody ought to be considered at the second stage of the *Proulx* analysis with respect to sentence duration rather than at the first stage with respect to sentence range, this Court can give effect to Parliament's intention to exclude from the conditional sentencing regime those offenders for whom a penitentiary term would be appropriate, while also honouring "Parliament's equally important intention to preserve the judicial discretion to consider pre-sentencing custody under s. 719(3) and ensure that justice is done in the individual case" (para. 9).

32 In this regard, it is important to emphasize that there is a significant difference between a conditional sentence of imprisonment in the community and a jail term of equivalent duration, since offenders serving their sentence in the community are only partially deprived of their freedom, and a conditional sentence is not subject to reduction through

néanmoins être autorisé à prendre en compte la période passée en détention présentencielle à cette étape de l'analyse est illogique, puisque le juge ne peut pas soustraire un chiffre précis (c'est-à-dire la réduction accordée pour la période passée sous garde) d'une fourchette générale de peines. Il doit plutôt accorder toute réduction de peine pour détention présentencielle au moment où il fixe de manière définitive la durée de la peine infligée, c'est-à-dire à la deuxième étape de l'analyse exposée dans l'arrêt *Proulx*.

Deuxièmement, dans l'arrêt *Wust*, la juge Arbour a affirmé que, en statuant que le par. 719(3) peut être appliqué aux peines minimales obligatoires, « notre Cour est en mesure de donner effet à la volonté du législateur que les délinquants déclarés coupables en vertu de l'al. 344*a*) reçoivent une peine minimale de quatre ans d'emprisonnement et à son désir, tout aussi important, de laisser aux juges le pouvoir discrétionnaire que leur confère le par. 719(3) de prendre en compte la période de détention présentencielle et de faire en sorte que justice soit rendue dans chaque cas » (par. 9 (soulignement dans l'original)). À l'instar de l'appelante, j'estime qu'on peut également affirmer que, en statuant que la détention présentencielle doit être prise en compte à la deuxième étape de l'analyse exposée dans l'arrêt *Proulx*, qui concerne la durée de la peine, plutôt qu'à la première, qui concerne la fourchette des peines applicables, notre Cour donne effet à l'intention du législateur d'exclure du régime de sursis à l'emprisonnement les délinquants à l'égard desquels l'emprisonnement dans un pénitencier serait approprié, tout en respectant « son désir, tout aussi important, de laisser aux juges le pouvoir discrétionnaire que leur confère le par. 719(3) de prendre en compte la période de détention présentencielle et de faire en sorte que justice soit rendue dans chaque cas » (par. 9).

À cet égard, il importe de souligner qu'il existe une différence importante entre la peine d'emprisonnement avec sursis à purger au sein de la collectivité et la peine d'emprisonnement d'une durée équivalente, puisque le délinquant qui purge sa peine au sein de la collectivité n'est que partiellement privé de sa liberté, et que l'emprisonnement

parole: see *Proulx*, at paras. 40-44. Because a conditional sentence is conceptually distinct from a jail sentence, I agree with the appellant that it is not inequitable for an offender who warrants a sentence in the penitentiary range and is therefore ineligible for a conditional sentence to find that the duration of his or her sentence is nonetheless reduced by operation of s. 719(3) to a reformatory term of less than two years. In the end, this offender will still have served the jail sentence warranted in respect of the offence. The change in location from a federal to a provincial institution does not change the nature of the sentence, which is one of institutional confinement: see J. V. Roberts, "Pre-Trial Custody, Terms of Imprisonment and the Conditional Sentence: Crediting 'Dead Time' to Effect 'Regime Change' in Sentencing" (2005), 9 *Can. Crim. L. Rev.* 191, at p. 207.

avec sursis n'ouvre droit à aucune réduction de peine par voie de libération conditionnelle : voir *Proulx*, par. 40-44. Étant donné qu'une peine d'emprisonnement avec sursis se distingue, sur le plan conceptuel, d'une peine d'emprisonnement, je suis d'accord avec l'appelante pour dire qu'il n'est pas inéquitable que le délinquant qui mérite une peine située dans la fourchette des peines d'emprisonnement dans un pénitencier et qui ne peut, par conséquent, bénéficier d'un sursis voit néanmoins la durée de sa peine réduite, par application du par. 719(3), à moins de deux ans. Au bout du compte, ce délinquant n'en aura pas moins purgé la peine d'emprisonnement que commande l'infraction qu'il a commise. Qu'il purge sa peine dans un établissement provincial plutôt que dans un établissement fédéral ne change pas la nature de la peine, qui en est une d'emprisonnement : voir J. V. Roberts, « Pre-Trial Custody, Terms of Imprisonment and the Conditional Sentence : Crediting "Dead Time" to Effect "Regime Change" in Sentencing » (2005), 9 *R.C.D.P.* 191, p. 207.

For all these reasons, I conclude that the time spent in pre-sentence custody should not affect a sentencing judge's determination of the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence. Rather, it is a factor that ought to be considered in the course of the judge's determination of the duration of the actual sentence imposed. To hold otherwise would run contrary to the nature of the conditional sentencing regime, as it was defined in *Proulx*.

33 Pour toutes ces raisons, je conclus que la période passée en détention présentencielle ne doit pas influer sur la détermination de la fourchette des peines applicables et, partant, sur la possibilité de prononcer une condamnation à l'emprisonnement avec sursis. Il s'agit plutôt d'un facteur que le tribunal doit prendre en compte pour fixer la durée de la peine infligée dans les faits. Toute autre conclusion serait contraire à la nature du régime d'emprisonnement avec sursis, tel qu'il a été défini dans l'arrêt *Proulx*.

Besides this Court's decision in *Proulx*, the case law regarding the conditional sentencing regime does not assist in resolving the issue of whether pre-sentence custody should affect a sentencing judge's determination of the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence. For example, in *R. v. Knoblauch*, [2000] 2 S.C.R. 780, 2000 SCC 58, this Court examined the legality of the conditional sentence originally imposed by the trial judge. In the course of her determination that this sentence was indeed legal and fit, Arbour J., writing for a majority of this Court, noted that

34 Hormis l'arrêt *Proulx* de notre Cour, la jurisprudence en matière d'emprisonnement avec sursis n'aide guère à résoudre la question de savoir si la détention présentencielle devrait influer sur la détermination de la fourchette des peines applicables et, partant, sur l'applicabilité de l'emprisonnement avec sursis. Dans l'arrêt *R. c. Knoblauch*, [2000] 2 R.C.S. 780, 2000 CSC 58, par exemple, notre Cour a examiné la légalité de la peine d'emprisonnement avec sursis infligée initialement par le juge du procès. Estimant que cette peine était bien juste et conforme au droit, la juge Arbour, qui s'exprimait pour la Cour à la majorité, a signalé que,

in this case both the trial judge and the Court of Appeal were of the view, which has not been disputed before us, that considering all the circumstances, the appropriate punishment for this offender would have been a sentence of three years of incarceration which was properly reduced to two years less a day to take into account the period spent in pre-trial custody. [para. 16]

In determining the availability of a conditional sentence in these circumstances, Arbour J. briefly addressed the first criterion in s. 742.1(*a*) as follows:

There is no dispute, as I indicated earlier, that a sentence of two years less a day was a fit and appropriate sentence in all the circumstances. The first criterion in s. 742.1 of the *Code* having been satisfied, it remains only to be decided whether the trial judge was entitled to conclude that "serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing", in accordance with s. 742.1(*b*). [Emphasis added; para. 25.]

Given Arbour J.'s comment that the first criterion in s. 742.1 of the *Criminal Code* (i.e. that a judge impose a sentence of imprisonment of less than two years) was satisfied in this case, despite the fact that but for pre-sentence custody the appropriate sentence would have been three years and therefore in the penitentiary range, it can be argued that, contrary to my conclusion here, this Court has implicitly ruled that a sentencing judge can consider pre-sentence custody in determining the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence. However, as I noted in dissent in *Knoblauch*, at para. 67, the central point of contention between the appellant and the respondent in that case related to the third conditional sentence prerequisite of safety to the community. In neither the majority nor the dissenting reasons in *Knoblauch* was there any comprehensive consideration of whether it was proper for the trial judge to consider pre-sentence custody in narrowing the range of sentence thereby making a conditional sentence a possibility. Thus, I conclude that this Court's decision in *Knoblauch* is

en l'espèce, tant le juge du procès que la Cour d'appel en sont arrivés à la conclusion — qui n'a pas été contestée devant nous — que, eu égard à toutes les circonstances, la sanction appropriée à l'égard du délinquant en cause aurait été une peine d'incarcération de trois ans, sanction qui a à juste titre été réduite à deux ans moins un jour pour tenir compte de la période passée sous garde avant le procès. [par. 16]

Lorsqu'elle s'est prononcée sur l'applicabilité de l'emprisonnement avec sursis eu égard aux circonstances de cette affaire, la juge Arbour a abordé brièvement le critère de l'art. 742.1 requérant que la personne ait été condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans :

Comme je l'ai indiqué précédemment, il n'est pas contesté qu'une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour était juste et appropriée eu égard aux circonstances. Le premier critère énoncé à l'art. 742.1 du *Code* ayant été satisfait, il ne reste plus qu'à décider si le juge du procès était autorisé à conclure que « le fait [pour l'appelant] de purger la peine au sein de la collectivité ne met[tait] pas en danger la sécurité de celle-ci et [était] conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2 », conformément au deuxième critère de l'art. 742.1. [Je souligne; par. 25]

Étant donné l'observation de la juge Arbour portant que le critère de l'art. 742.1 du *Code criminel* requérant une condamnation à un emprisonnement de moins de deux ans était respecté dans cette affaire, en dépit du fait que, n'eût été la période de détention présentencielle, la peine appropriée aurait été de trois ans et se serait donc située dans la fourchette des peines d'emprisonnement dans un pénitencier, il serait possible de prétendre que, contrairement à ma conclusion en l'espèce, notre Cour a implicitement statué que le tribunal peut prendre en compte la période de détention présentencielle pour déterminer la fourchette des peines applicables et, partant, l'applicabilité de l'emprisonnement avec sursis. Cependant, comme je l'ai indiqué dans les motifs de dissidence que j'ai rédigés dans l'arrêt *Knoblauch*, par. 67, le désaccord central entre l'appelant et l'intimée dans cette affaire portait sur le troisième préalable à l'emprisonnement avec sursis, soit la sécurité de la collectivité. Ni les juges majoritaires ni les juges dissidents dans *Knoblauch* n'ont procédé à un examen exhaustif de la question de savoir s'il était approprié que le juge du procès prenne en compte la

not particularly helpful in resolving the issue in the case at bar.

Jurisprudence from the lower courts is similarly unhelpful. Decisions arising out of Saskatchewan and Ontario appear to hold that a sentencing judge cannot calculate the amount of time that the accused has spent on remand and deduct it to determine whether the conduct in question would normally merit the imposition of imprisonment within a penitentiary: see *R. v. Predenchuk* (2000), 199 Sask. R. 264, 2000 SKCA 122; *R. v. Runns* (2002), 165 C.C.C. (3d) 217, 2002 SKCA 48; *R. v. Dobis* (2002), 58 O.R. (3d) 536 (C.A.). Another decision from Ontario and one from Quebec are not as clear and seem to suggest that where a penitentiary sentence is otherwise warranted, a conditional sentence will only be imposed in a rare and exceptional case after factoring in time spent in pre-trial custody: see *R. v. Persaud* (2002), 26 M.V.R. (4th) 41 (Ont. C.A.); *R. c. Bastien*, [2003] R.J.Q. 1695 (C.Q.). In contrast, decisions arising out of Alberta and British Columbia implicitly support the respondent's argument that pre-sentence custody can be considered with respect to the range of sentence and therefore can impact upon the availability of a conditional sentence: see *R. v. McClelland* (2001), 281 A.R. 378, 2001 ABCA 182; *R. v. La* (2003), 15 Alta. L.R. (4th) 56, 2003 ABQB 391; *R. v. Skani* (2002), 331 A.R. 50, 2002 ABQB 1097; *R. v. Brown* (2002), 32 M.V.R. (4th) 211, 2002 ABPC 187; *R. v. Harris* (2002), 167 C.C.C. (3d) 246, 2002 BCCA 152.

As was the case with *Knoblauch*, none of these cases offer a thorough analysis of the issue of whether pre-sentence custody should affect a sentencing judge's determination of the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence. Therefore, they do not assist with resolving the issue in the case at bar.

période de détention présentencielle pour délimiter la fourchette des peines applicables, et rende ainsi possible l'emprisonnement avec sursis. Je conclus donc que l'arrêt *Knoblauch* de notre Cour n'est pas particulièrement utile pour résoudre la question litigieuse en l'espèce.

35 La jurisprudence des tribunaux d'instance inférieure n'est guère plus utile. Il semble ressortir de décisions rendues en Saskatchewan et en Ontario que le juge qui fixe la peine ne peut calculer puis soustraire la période que l'accusé a passée en détention préventive pour déterminer si les actes reprochés commanderaient normalement l'infliction d'une peine d'emprisonnement dans un pénitencier : voir *R. c. Predenchuk* (2000), 199 Sask. R. 264, 2000 SKCA 122; *R. c. Runns* (2002), 165 C.C.C. (3d) 217, 2002 SKCA 48; *R. c. Dobis* (2002), 58 O.R. (3d) 536 (C.A.). Une autre décision de l'Ontario, ainsi qu'une décision du Québec, ne sont pas aussi claires et semblent indiquer que, dans les cas où l'emprisonnement dans un pénitencier est par ailleurs justifié, l'emprisonnement avec sursis ne sera ordonné que rarement et à titre exceptionnel, après avoir pris en compte le temps passé sous garde avant le procès : voir *R. c. Persaud* (2002), 26 M.V.R. (4th) 41 (C.A. Ont.); *R. c. Bastien*, [2003] R.J.Q. 1695 (C.Q.). Par contre, des décisions rendues en Alberta et en Colombie-Britannique appuient implicitement l'argument de l'intimée selon lequel la détention présentencielle peut être prise en compte pour ce qui est de la fourchette des peines applicables et peut donc influer sur l'applicabilité de l'emprisonnement avec sursis : voir *R. c. McClelland* (2001), 281 A.R. 378, 2001 ABCA 182; *R. c. La* (2003), 15 Alta. L.R. (4th) 56, 2003 ABQB 391; *R. c. Skani* (2002), 331 A.R. 50, 2002 ABQB 1097; *R. c. Brown* (2002), 32 M.V.R. (4th) 211, 2002 ABPC 187; *R. c. Harris* (2002), 167 C.C.C. (3d) 246, 2002 BCCA 152.

36 Tout comme l'arrêt *Knoblauch*, aucune de ces décisions ne fournit une analyse approfondie de la question de savoir si la détention présentencielle doit influer sur la détermination de la fourchette des peines applicables et, partant, sur la possibilité de prononcer une condamnation à l'emprisonnement avec sursis. Elles ne permettent donc pas de résoudre la question en litige dans la présente affaire.

37 It remains to consider the respondent's argument that prohibiting a sentencing judge from considering pre-sentence custody at the first stage of the *Proulx* analysis will lead to inequitable results. For example, in her written submissions to this Court, the respondent described a situation in which two accused are arrested on serious charges normally warranting a sentence in the range of three years. At a bail hearing, the more affluent accused presents evidence of a good financial background and a surety with some assets. This accused is released with some bail conditions. The second accused has no money and can present no suitable surety. This accused is detained in custody. Twelve months later, at the sentencing hearing, defence counsel for the first accused tells the judge that his or her client should get a conditional sentence because, while released, the offender has, for example, followed restrictive bail conditions, upgraded his or her education or secured a steady job. The sentencing judge is impressed by this behaviour and imposes a conditional sentence. The second accused has not been able to achieve any of these mitigating factors, because he or she has been detained. Therefore, a conditional sentence is not available to this accused. In order to correct this apparent inequity, the respondent submits that, in determining whether the sentence comes within the range in which a conditional sentence is available, the sentencing judge should be able to consider all the factors presented by both individuals at the time of sentencing, including the time spent in pre-sentence custody.

38 In contrast to the respondent's argument, the Crown submitted that if this Court allows pre-sentence custody to be considered in determining the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence, this may result in the unequal treatment of similarly situated offenders and an increase in sentencing discrepancies between the least and worst offenders, given that only those meriting detention before trial could potentially qualify for conditional sentences by virtue of time spent in pre-sentence custody. In support of this argument, the Crown offered the example of two co-accuseds

Il reste à examiner l'argument de l'intimée voulant que le fait d'interdire au juge qui fixe la peine de prendre en compte la détention présentencielle à la première étape de l'analyse exposée dans l'arrêt *Proulx* conduirait à des résultats inéquitables. Par exemple, dans les observations écrites qu'elle a présentées à notre Cour, l'intimée a soumis la situation de deux accusés qui seraient arrêtés suite à de graves accusations appelant normalement une peine d'environ trois ans. Lors de l'enquête relative au cautionnement, l'accusé le mieux nanti présente une preuve de ses bonnes assises financières ainsi qu'une caution disposant de certains actifs. Cet accusé est mis en liberté à certaines conditions. Le deuxième accusé n'a pas d'argent et ne peut présenter aucune caution valable. Cet accusé est placé en détention. Douze mois plus tard, à l'audience de détermination de la peine, l'avocat du premier accusé explique au juge que son client devrait obtenir un sursis à l'emprisonnement parce que, pendant la période où il était en liberté, il a, par exemple, respecté des conditions restrictives de liberté sous caution, poursuivi ses études ou trouvé un emploi stable. Impressionné par ce comportement, le juge ordonne l'emprisonnement avec sursis. Du fait qu'il était détenu, le deuxième accusé n'a pu faire valoir aucun de ces facteurs atténuants. Il ne peut donc bénéficier d'un sursis à l'emprisonnement. L'intimée soutient que, pour corriger cet apparent manque d'équité, le tribunal doit pouvoir, lorsqu'il détermine si la peine se situe dans une fourchette donnant ouverture à l'emprisonnement avec sursis, prendre en considération tous les facteurs présentés par les deux accusés au moment du prononcé de la peine, y compris la période de détention présentencielle.

Contrairement aux prétentions de l'intimée, le ministère public soutient que si notre Cour autorisait la prise en compte de la détention présentencielle pour déterminer la fourchette des peines applicables et donc l'applicabilité de l'emprisonnement avec sursis, il pourrait en résulter des traitements différents pour des délinquants placés dans des situations semblables ainsi qu'une accentuation de l'écart entre les peines infligées aux délinquants les moins dangereux et aux délinquants les plus dangereux, puisque seuls ceux dont la détention avant procès est justifiée pourraient remplir les conditions

who are arrested for a serious crime. One accused, a first-time offender, is released on bail. The other accused is detained on the strength of his substantial criminal record. The first-time offender enters an early plea and receives a three-year penitentiary term. The other accused eventually pleads guilty after 18 months in custody and receives credit for 36 months. Pursuant to the Court of Appeal's interpretation of ss. 719(3) and 742.1(*a*), even if the sentence this accused would otherwise have received was five years on account of his record, he would be eligible for a conditional sentence because of the time spent in pre-sentence custody. This sentencing option would be unavailable to his accomplice, in spite of his prior unblemished record and earlier guilty plea.

It is clear that there are potential inequitable results associated with both positions. Whatever the circumstances, it is always necessary to choose the interpretation of ss. 719(3) and 742.1(*a*) that best honours Parliament's intention in enacting the conditional sentence regime. In *Proulx*, this Court held that "Parliament intended that a conditional sentence be considered only for those offenders who would have otherwise received a sentence of imprisonment of less than two years" (para. 49). It was not designed for those offenders for whom a penitentiary term is appropriate. Thus, once a sentencing judge considers the gravity of the offence and the moral blameworthiness of the offender and concludes that a sentence in the penitentiary range is warranted and that a conditional sentence is therefore unavailable, time spent in pre-sentence custody ought not to disturb this conclusion. Instead, this time should be considered at the second stage of the *Proulx* analysis with respect to the duration of the sentence actually imposed. Not only does this approach honour Parliament's intention to offer an alternative to incarceration for less serious and non-dangerous offenders, it also makes good

requises pour obtenir un sursis à l'emprisonnement du fait de cette période passée en détention présentencielle. À l'appui de cet argument, le ministère public a donné l'exemple de deux coaccusés qui seraient arrêtés relativement à un crime grave. L'un d'eux, qui en est à sa première infraction, est libéré sous caution. L'autre est placé en détention sur la foi de son casier judiciaire chargé. Le délinquant qui en est à sa première infraction plaide rapidement coupable et est condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans dans un pénitencier. L'autre accusé plaide finalement coupable après 18 mois de détention et bénéficie d'une réduction de peine de 36 mois. Selon l'interprétation que la Cour d'appel a donnée du par. 719(3) et du second préalable prévu par l'art. 742.1, même s'il aurait autrement été condamné à une peine de cinq ans en raison de son casier judiciaire, cet accusé serait admissible à l'emprisonnement avec sursis vu la période qu'il a passée en détention présentencielle, alors que son complice, dont le casier judiciaire était vierge et qui a plaidé coupable plus rapidement, ne pourrait bénéficier d'un tel sursis.

39 Chacune des deux thèses avancées emporte manifestement un risque de résultats inéquitables. Quelles que soient les circonstances, il faut toujours opter pour l'interprétation du par. 719(3) et du second préalable prévu par l'art. 742.1 qui respecte le mieux l'intention qu'avait le législateur en instaurant le régime d'emprisonnement avec sursis. Dans l'arrêt *Proulx*, notre Cour a estimé que « [l]e législateur a voulu que l'emprisonnement avec sursis ne soit envisagé qu'à l'égard des délinquants qui, autrement, seraient emprisonnés pendant des périodes de moins de deux ans » (par. 49). Ce régime n'a pas été conçu à l'intention des délinquants à l'égard desquels l'emprisonnement dans un pénitencier est approprié. Par conséquent, une fois que le tribunal a examiné la gravité de l'infraction et la culpabilité morale du délinquant et conclu qu'une peine située dans la fourchette des peines d'emprisonnement dans un pénitencier est justifiée et qu'un sursis à l'emprisonnement n'est donc pas possible, la période de détention présentencielle ne doit pas avoir pour effet de modifier cette conclusion. Cette période doit plutôt être prise en compte à la deuxième étape de l'analyse exposée dans l'arrêt *Proulx*, qui concerne

practical sense since a sentencing judge cannot properly "deduct" the credit for time served from an estimated range of sentence.

40 Therefore, I conclude that the judicial discretion to consider the time spent in pre-sentencing custody in determining the sentence to be imposed provided for by s. 719(3) of the *Criminal Code* does not mean that the requirement in s. 742.1(*a*) that a sentence of imprisonment of less than two years be imposed before a conditional sentence can be authorized refers only to the actual time to be spent in jail after sentencing; rather, this requirement refers to the total time taken into account by the sentencing judge in determining the degree of punishment warranted by the gravity of the offence and the moral blameworthiness of the offender.

41 Since writing these reasons, I have had an opportunity to read the reasons of my colleague Fish J. They invite the following comments.

42 First, at the outset of his reasons, my colleague raises the concern that pre-sentence custody could transform what would otherwise be a penitentiary range sentence into a suspended sentence, a probation order, a discharge or a fine but not a conditional sentence. With respect, I must emphasize that the effect of pre-sentence custody on the availability of a suspended sentence, a probation order, a discharge or a fine is an issue that is not before us in this appeal. Rather, this appeal is solely concerned with whether time spent in pre-sentence custody ought to affect a sentencing judge's determination of the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence. As noted by Lamer C.J. in *Proulx*, the conditional sentence was specifically enacted as a new sanction designed to reduce the use of prison as a sanction and to expand the use of restorative justice principles in sentencing (paras. 15 and 21). Given that the conditional sentence is a new sanction with a unique combination of objectives, it

la durée de la peine infligée dans les faits. Non seulement cette interprétation respecte-t-elle l'intention du législateur d'offrir une solution de rechange à l'incarcération des délinquants non dangereux, mais elle est également logique sur le plan pratique, puisque le tribunal ne peut pas vraiment « soustraire » la période passée sous garde d'une fourchette approximative de peines.

Par conséquent, je conclus que le pouvoir discrétionnaire de prendre en compte la période de détention présentencielle pour fixer la peine à infliger, conféré au par. 719(3) du *Code criminel*, ne signifie pas que le second préalable prévu par l'art. 742.1 — à savoir que la personne ait été condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans pour être admissible à un sursis à l'emprisonnement — vise uniquement la période qui devra de fait être passée en prison après le prononcé de la peine; ce préalable concerne plutôt la période totale que le tribunal prend en compte pour déterminer la sévérité de la sanction requise par la gravité de l'infraction et la culpabilité morale du délinquant.

Après avoir rédigé les présents motifs, j'ai eu l'occasion de lire les motifs de mon collègue le juge Fish, qui appellent les commentaires suivants.

Premièrement, au début de ses motifs, mon collègue soulève une préoccupation, celle de voir la détention présentencielle transformer ce qui constituerait autrement une peine d'emprisonnement dans un pénitencier en un sursis au prononcé de la peine, une ordonnance de probation, une absolution ou une amende, mais non en un sursis à l'emprisonnement. En toute déférence, je dois souligner que l'effet de la détention présentencielle sur la possibilité d'un sursis au prononcé de la peine, d'une ordonnance de probation, d'une absolution ou d'une amende est une question dont nous ne sommes pas saisis en l'espèce. Le présent pourvoi porte en effet uniquement sur la question de savoir si la période passée en détention présentencielle devrait influer sur la détermination de la fourchette des peines applicables et, partant, sur l'applicabilité de l'emprisonnement avec sursis. Ainsi que l'a souligné le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Proulx*, le régime d'emprisonnement avec sursis a précisément été édicté comme sanction visant à

should not be automatically equated with other sentencing alternatives, such as a suspended sentence, a probation order, a discharge or a fine. Accordingly, it is my position that the relationship between presentence custody and the availability of a suspended sentence, a probation order, a discharge or a fine is an issue that is better left for another day.

réduire le recours à l'emprisonnement et à élargir l'application des principes de justice corrective dans la détermination de la peine (par. 15 et 21). Comme l'emprisonnement avec sursis est une nouvelle sanction visant une combinaison particulière d'objectifs, cette mesure ne devrait pas être assimilée automatiquement aux autres solutions de rechange à l'incarcération telles que le sursis au prononcé de la peine, l'ordonnance de probation, l'absolution ou l'amende. Par conséquent, j'estime qu'il vaut mieux remettre à une autre occasion l'examen de la relation entre la détention présentencielle et la possibilité de surseoir au prononcé de la peine, d'ordonner une mise en probation, d'accorder une absolution ou d'infliger une amende.

Second, at para. 65, he states that "[a] sentence of less than two years is not transformed into a sentence of more than two years for the purpose of s. 742.1(*a*) simply because the trial judge took into account, in imposing the sentence of less than two years, time already spent in custody as a result of the offence." Respectfully, it is my view that this statement does not accord with this Court's conclusion in *Wust* that time credited to an offender for time served before sentence ought to be considered part of the total punishment imposed. As noted earlier, in *Wust*, Arbour J. stated that

43 Deuxièmement, au par. 65, mon collègue dit qu'« [u]ne peine de moins de deux ans ne se transforme pas, pour l'application de l'art. 742.1, en une peine de plus de deux ans simplement parce que le juge du procès a, en infligeant la peine de moins de deux ans, pris en compte la période déjà passée sous garde par suite de l'infraction. » En toute déférence, cet énoncé ne m'apparaît pas conforme à la conclusion de notre Cour dans l'arrêt *Wust*, où il a été jugé que la période de détention présentencielle devait être prise en compte dans le calcul de la durée totale de l'emprisonnement. Comme il a été indiqué plus tôt, la juge Arbour a dit ce qui suit dans l'arrêt *Wust* :

> while pre-trial detention is not intended as punishment when it is imposed, it is, in effect, deemed part of the punishment following the offender's conviction, by the operation of s. 719(3). The effect of deeming such detention punishment is not unlike the determination, discussed earlier in these reasons, that time spent lawfully at large while on parole is considered nonetheless a continuation of the offender's sentence of incarceration. [para. 41]

> . . . bien que la détention avant le procès ne se veuille pas une sanction lorsqu'elle est infligée, elle est, de fait, réputée faire partie de la peine après la déclaration de culpabilité du délinquant, par l'application du par. 719(3). Le fait d'assimiler ce type de détention à une peine n'est pas sans rappeler l'observation, analysée plus tôt dans les présents motifs, que le délinquant qui bénéficie d'une libération conditionnelle continue, tant qu'il a le droit d'être en liberté, de purger sa peine d'emprisonnement. [par. 41]

Third, at para. 75, my colleague states that "[w]here an offender has at the time of sentence already spent time in custody and a court would otherwise have imposed a sentence of more than two years, the deterrent and punitive purposes will in some instances have been satisfied by the time spent in custody." I accept that this situation may occur in some cases; however, I do not agree with

44 Troisièmement, au par. 75, mon collègue dit que « [l]orsque le délinquant a déjà passé une période sous garde au moment du prononcé de la peine, et que le tribunal lui aurait autrement infligé une peine d'emprisonnement de plus de deux ans, les objectifs de dissuasion et de châtiment auront, dans certains cas, été réalisés par la période de détention. » Je reconnais que cette situation peut

my colleague's statement that, in such cases, there is "no reason of principle, policy or precedent to limit the sentencing court to a choice between a probationary sentence that is too lenient and custodial sentence that is too severe" (para. 77).

45 In my view, the sentencing court is indeed limited to these choices by operation of s. 742.1(*a*) and this Court's interpretation of this requirement in *Proulx*. In *Proulx*, this Court held that "Parliament intended that a conditional sentence be considered only for those offenders who would have otherwise received a sentence of imprisonment of less than two years" (para. 49). Since the offender in the cases described by my colleague is of the type that would otherwise deserve a penitentiary term, he or she is ineligible for a conditional sentence. Of course, the time spent in pre-sentence custody can be taken into account by the sentencing court when determining the duration of the actual sentence imposed (whether it is a custodial or a non-custodial sentence). While this may be perceived to be an inequitable result in cases where it is felt that a probationary sentence would be too lenient and custodial sentence too severe, absent a challenge on constitutional grounds, the courts must interpret and apply a statute in accordance with Parliament's intent: see *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 62.

46 Accordingly, I would allow the appeal. Since defence counsel conceded that but for the time spent in pre-sentence custody a penitentiary sentence would have been appropriate, by operation of s. 742.1(*a*) and this Court's interpretation of this requirement in *Proulx*, a conditional sentence was unavailable in this case. A term of incarceration, reduced by the application of the credit for time served pursuant to s. 719(3), should have been imposed. Nevertheless, the respondent has long since served her sentence and the Crown is no longer seeking her incarceration. Therefore, while

se présenter dans certains cas; toutefois, je ne suis pas d'accord avec mon collègue lorsqu'il dit que, en pareils cas, il ne voit « ni principe ni politique ni précédent qui justifierait d'obliger le tribunal chargé de déterminer la peine à choisir entre une mesure probatoire, trop clémente, et une peine d'emprisonnement, trop sévère » (par. 77).

À mon avis, le tribunal qui fixe la peine est de fait limité à ces choix par l'effet du second préalable prévu par l'art. 742.1 et de l'interprétation que notre Cour a donnée de cette condition dans *Proulx*. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu que « [l]e législateur a voulu que l'emprisonnement avec sursis ne soit envisagé qu'à l'égard des délinquants qui, autrement, seraient emprisonnés pendant des périodes de moins de deux ans » (par. 49). Étant donné que le délinquant dans les cas évoqués par mon collègue est du type de ceux qui, autrement, recevraient une peine d'emprisonnement dans un pénitencier, il n'est pas admissible à l'emprisonnement avec sursis. Bien sûr, le tribunal peut prendre en compte la période de détention présentencielle lorsqu'il calcule la durée de la peine (avec emprisonnement ou non) véritablement infligée. Bien que ce résultat puisse paraître inéquitable dans les cas où l'on estime qu'une mesure probatoire serait trop clémente et une peine d'emprisonnement trop sévère, les tribunaux doivent, sauf contestation fondée sur des motifs d'ordre constitutionnel, interpréter et appliquer une loi conformément à l'intention du législateur : voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 62.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Comme l'avocat de la défense a admis que, n'eût été la période de détention présentencielle, une peine d'emprisonnement dans un pénitencier aurait été appropriée, par l'effet du second préalable prévu par l'art. 742.1 et de l'interprétation qu'a donnée de ce préalable notre Cour dans l'arrêt *Proulx*, l'emprisonnement avec sursis n'était pas possible en l'espèce. Une peine d'incarcération, réduite pour tenir compte en vertu du par. 719(3) de la période passée sous garde, aurait dû être infligée. Cependant, l'intimée a depuis longtemps purgé sa peine, et le

the appeal is allowed, the order imposing a sentence of incarceration is stayed.

The reasons of Deschamps and Fish JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

At the hearing of this appeal, the Crown's position was summarized by a member of the Court in these terms:

> . . . it seems to me that what you're saying is that pretrial custody could transform what would otherwise be a penitentiary range sentence into a suspended sentence, a probation order, [a] discharge [or] a fine but not a conditional sentence. Is that a fair summary?

With appropriate candour, able and experienced Crown counsel responded:

> That's right. That's fair and I recognize that that attracts a certain . . . wonder.

The reason for wonderment, of course, is that the Crown's position on this appeal is illogical on its face. It is manifestly unattractive at first sight — and that initial impression is not enhanced, in my view, on reflection.

On the contrary, as we shall presently see, the Crown's position is entirely devoid of statutory support, inconsistent with Parliament's purpose in introducing the conditional sentencing regime, and neither required nor even contemplated by *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, this Court's leading authority on the subject.

Still less is the Crown's position supported by *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18.

ministère public ne demande plus son incarcération. En conséquence, bien que le pourvoi soit accueilli, l'effet de l'ordonnance prévoyant une peine d'incarcération est suspendu indéfiniment.

Version française des motifs des juges Deschamps et Fish rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

47 La position du ministère public a été résumée ainsi à l'audience par un juge de notre Cour :

> [TRADUCTION] . . . il me semble que ce que vous êtes en train de dire, c'est qu'une période de détention avant le procès pourrait transformer ce qui constituerait autrement une peine d'emprisonnement dans un pénitencier en un sursis au prononcé de la peine, une ordonnance de probation, [une] absolution [ou] une amende, mais non en un sursis à l'emprisonnement. C'est bien ça?

Le procureur de la Couronne, avocat compétent et expérimenté, a en toute candeur répondu ce qui suit :

> [TRADUCTION] C'est exact. C'est bien ça, même si je reconnais que cela puisse paraître un peu [. . .] étonnant.

48 L'étonnement s'explique, bien sûr, par l'illogisme évident de la position du ministère public dans le présent pourvoi. Cette position est nettement peu séduisante de prime abord — impression initiale que la réflexion ne vient pas, à mon avis, estomper.

49 Au contraire, comme nous le verrons, la position défendue par le ministère public ne repose sur aucune assise législative, elle est incompatible avec l'objectif que visait le législateur lorsqu'il a instauré le régime d'emprisonnement avec sursis et elle n'est ni requise ni même envisagée par l'arrêt *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, qui constitue l'arrêt de principe de notre Cour sur cette question.

50 La position du ministère public trouve encore moins appui dans l'arrêt *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18.

51 The issue in *Wust* was whether a sentencing court, when required by Parliament to impose a minimum term of imprisonment, may deduct time spent by the accused in custody while awaiting trial and sentence. This Court answered that question, unanimously, in the affirmative. If pre-sentence custody can properly result in a sentence of shorter duration than the minimum term of imprisonment fixed by Parliament, why can it not result in a sentence of less than two years, within the meaning of s. 742.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, with respect to offences for which Parliament has not fixed a minimum sentence of imprisonment?

52 Moreover, in concluding as it did in *Wust*, the Court emphasized the need, in interpreting the sentencing provisions of the *Criminal Code*, "to avoid absurd results by searching for internal coherence and consistency in the statute" (para. 34).

53 As we have already seen, the position advocated by the Crown in this case is illogical on its face. And it is not made coherent by arbitrarily excluding from consideration, on the ground that they are "not before us in this appeal", any of the sentencing alternatives — custodial, probationary or conditional — that have been specifically postulated by Parliament (reasons of Bastarache J., at para. 42).

54 On the contrary, that is what this case is about: To which, if any, of the sentencing alternatives created by Parliament, does s. 719(3) of the *Criminal Code* not apply? Parliament has expressly provided in s. 742.1 of the *Code* that conditional sentences are available where "the court . . . imposes a sentence of imprisonment of less than two years", provided, of course, that the two other statutory conditions are met. And Parliament has provided in s. 719(3) of the *Code*, again in express terms, that the court may take pre-sentencing custody into account "[i]n determining the sentence to be imposed." The issue in this case is whether the Court, by judicial fiat, should declare s. 719(3)

La question qui se posait dans *Wust* était de savoir si, dans les cas où le législateur a prescrit une peine minimale d'emprisonnement, le tribunal qui détermine la peine peut déduire la période que le contrevenant a passée sous garde en attendant le prononcé de sa peine. Notre Cour a, à l'unanimité, répondu par l'affirmative à cette question. Or, si la détention présentencielle peut légitimement donner lieu à l'infliction d'une peine plus courte que la peine minimale d'emprisonnement établie par le législateur, pourquoi ne peut-il pas en résulter une peine de moins de deux ans, au sens de l'art. 742.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, pour ce qui est des infractions à l'égard desquelles le législateur n'a pas établi une peine minimale d'emprisonnement?

De plus, en concluant comme elle l'a fait dans *Wust*, notre Cour a souligné la nécessité d'interpréter les dispositions du *Code criminel* relatives à la détermination de la peine « de façon à éviter toute contradiction entre ses dispositions et tout résultat absurde, en s'efforçant d'assurer la cohérence et la logique internes du texte » (par. 34).

Je le répète, la position que préconise le ministère public en l'espèce est manifestement illogique. Et ce n'est pas en excluant arbitrairement de l'examen l'une ou l'autre des différentes sanctions expressément prévues par le législateur — incarcération, probation ou sursis —, au motif que « nous n['en] sommes pas saisis en l'espèce », qu'on lui confère une cohérence (motifs du juge Bastarache, par. 42).

Au contraire, c'est là le cœur de la présente affaire : À laquelle, s'il en est, des diverses sanctions créées par le législateur le par. 719(3) du *Code criminel* est-il inapplicable? Le législateur a expressément prévu, à l'art. 742.1 du *Code*, que le tribunal peut prononcer l'emprisonnement avec sursis « [l]orsqu'une personne est [. . .] condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans », pourvu, bien sûr, que les deux autres conditions soient réunies. Il a aussi prévu, au par. 719(3) du *Code*, toujours en termes exprès, que le tribunal peut prendre en compte la période de détention présentencielle « [p]our fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction. » La question

inapplicable to one or more of the sentencing alternatives created by Parliament — though Parliament itself has declined to do so.

With respect for the contrary opinion of Bastarache J., I agree with the reasons and the conclusion of Charron J.A. (as she then was), speaking for herself and Moldaver and Feldman JJ.A. in the Court of Appeal for Ontario: (2003), 65 O.R. (3d) 751.

I would therefore dismiss the appeal and wish only to add some observations of my own.

II

It is conceded by the Crown that nothing in the *Criminal Code* requires sentencing judges to disregard time spent in preventive custody when they determine, upon sentencing an accused, whether a conditional sentence is appropriate or not.

For ease of reference, I reproduce here the governing statutory criteria:

742.1 Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

(*a*) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and

(*b*) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

When the offence is not punishable by a minimum term of imprisonment, the Court is empowered by this provision, in the plainest of terms, to impose a conditional sentence whenever it imposes a sentence of less than two years and is satisfied

que pose le présent pourvoi est de savoir s'il convient que, par ordonnance judiciaire, la Cour déclare le par. 719(3) inapplicable à l'une ou plusieurs des sanctions prévues par le législateur — alors que ce dernier a lui-même refusé de le faire.

55 Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par le juge Bastarache, je souscris aux motifs et à la conclusion de la juge Charron (maintenant juge de notre Cour), qui s'est exprimée en son nom et au nom des juges Moldaver et Feldman de la Cour d'appel de l'Ontario : (2003), 65 O.R. (3d) 751.

56 En conséquence, je rejetterais le pourvoi. Je voudrais seulement ajouter quelques observations.

II

57 Le ministère public admet qu'aucune disposition du *Code criminel* n'oblige les tribunaux chargés de fixer les peines à faire abstraction de la période passée en détention préventive lorsqu'ils décident, au moment du prononcé de la peine, s'il convient ou non d'octroyer un sursis à l'emprisonnement.

58 Par souci de commodité, je reproduis les critères applicables prévus par la loi :

742.1 Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3.

59 Lorsque aucune peine minimale d'emprisonnement n'est prévue à l'égard de l'infraction, cette disposition habilite le tribunal, en termes on ne peut plus clairs, à surseoir à l'emprisonnement chaque fois qu'il inflige une peine de moins de deux ans et

that serving the sentence in the community meets the test set out in s. 742.1(*b*).

60 This point was made clear in *Proulx*, at para. 79:

> Section 742.1 does not exclude any offences from the conditional sentencing regime except those with a minimum term of imprisonment. Parliament could have easily excluded specific offences in addition to those with a mandatory minimum term of imprisonment but chose not to.
>
> . . .
>
> Thus, a conditional sentence is available in principle for all offences in which the statutory prerequisites are satisfied. [First emphasis added; second emphasis in original.]

61 Section 719(3) of the *Criminal Code* reads:

> **719.** . . .
>
> (3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence.

62 A court that might otherwise have imposed a sentence of more than two years is thus authorized by s. 719(3) to impose a sentence of less than two years where a longer term of imprisonment would be excessive, bearing in mind the time already spent in custody as a result of the offence.

63 From a statutory point of view, the resulting sentence of less than two years clearly satisfies s. 742.1(*a*). In this regard, I see no ambiguity whatever in either s. 719(3) or s. 742.1(*a*).

64 If the offence is punishable by a minimum term of imprisonment, the accused is of course ineligible for a conditional sentence. Where the offence is not punishable by a minimum term of imprisonment, its duration is calculated for all purposes (subject to statutory exceptions not relevant here) from the date of its imposition: s. 719(1) of the *Code*.

qu'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité satisfait au critère énoncé à cet égard à l'art. 742.1.

Ce point a été clarifié dans l'arrêt *Proulx*, au par. 79 :

> L'article 742.1 n'exclut du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement aucune infraction autre que celles pour lesquelles une peine minimale d'emprisonnement est prévue. Le législateur aurait pu facilement exclure certaines autres infractions, mais il a choisi de ne pas le faire.
>
> . . .
>
> En conséquence, une ordonnance de sursis à l'emprisonnement peut, en principe, être rendue à l'égard de toute infraction pour laquelle les préalables prévus par la loi sont réunis. [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l'original.]

Le paragraphe 719(3) du *Code criminel* est rédigé ainsi :

> **719.** . . .
>
> (3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction.

Ainsi, le par. 719(3) autorise le tribunal qui aurait autrement pu prononcer une peine de plus de deux ans à infliger une peine de moins de deux ans dans le cas où un emprisonnement d'une durée plus longue constituerait une peine excessive, vu la période déjà passée sous garde par suite de l'infraction.

Sur le plan de la loi, la peine de moins de deux ans qui en résulte satisfait clairement à l'art. 742.1. Je ne vois à cet égard aucune ambiguïté, ni dans le par. 719(3) ni dans l'art. 742.1.

S'il s'agit d'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue, l'accusé n'est évidemment pas admissible au sursis à l'emprisonnement. S'il s'agit d'une infraction pour laquelle aucune peine minimale d'emprisonnement n'est prévue, la durée de la peine se calcule à tous égards (sous réserve de certaines exceptions prévues par la loi et non pertinentes en l'espèce) à compter du moment où elle est infligée : par. 719(1) du *Code*.

A sentence of less than two years is not transformed into a sentence of more than two years for the purpose of s. 742.1(*a*) simply because the trial judge took into account, in imposing the sentence of less than two years, time already spent in custody as a result of the offence. Were it otherwise, a sentence of less than two years in like circumstances would preclude a probation order: see s. 731(1)(*b*). No authority to that effect has been drawn to our attention.

Indeed, as I mentioned earlier, the Crown concedes that probation is permitted where a sentence of less than two years is imposed on account of the time already spent in custody.

It is well established that courts should not impose conditional sentences where less restrictive sanctions would adequately reflect the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. This overarching principle is turned on its head by the Crown's position in this case.

Conditional sentences are said by the Crown to be prohibited because they do not adequately reflect the need for severity, while the manifestly less restrictive sentences, such as a probationary sentence, a fine or a discharge — which the sentencing court must find to be inadequate before a conditional sentence can be imposed — are permissible. In short, less restrictive sentences are permitted where a more restrictive sanction — a conditional sentence — is excluded because it is too lenient!

III

I turn, finally, to Parliament's purpose in introducing the conditional sentencing regime, and to the decision of this Court in *Proulx*.

In *Proulx*, speaking for the Court, Lamer C.J. explained:

> The conditional sentence ... was introduced in the amendments to Part XXIII of the *Code*. Two of the main objectives underlying the reform of Part XXIII were to reduce the use of incarceration as a sanction and to give

Une peine de moins de deux ans ne se transforme pas, pour l'application de l'art. 742.1, en une peine de plus de deux ans simplement parce que le juge du procès a, en infligeant la peine de moins de deux ans, pris en compte la période déjà passée sous garde par suite de l'infraction. S'il en était autrement, le prononcé d'une peine de moins de deux ans ferait obstacle, en pareilles circonstances, à une ordonnance de probation : voir al. 731(1)*b*). Aucune autorité étayant cette thèse n'a été portée à notre attention. 65

D'ailleurs, comme je l'ai mentionné plus tôt, le ministère public admet que la probation est permise lorsqu'une peine de moins de deux ans est infligée en tenant compte de la période déjà passée sous garde. 66

Il est bien établi que les tribunaux ne doivent pas ordonner l'emprisonnement avec sursis lorsqu'il existe des sanctions moins contraignantes qui refléteraient adéquatement la gravité de l'infraction et le degré de responsabilité du délinquant. La thèse défendue par le ministère public en l'espèce revient à inverser ce principe fondamental. 67

Le ministère public prétend que l'emprisonnement avec sursis est interdit, parce qu'il ne répond pas adéquatement au besoin de sévérité, alors que des décisions manifestement moins sévères, comme la probation, l'amende ou l'absolution — que le tribunal doit juger inadéquates avant de pouvoir octroyer le sursis — sont permises. En somme, les décisions moins sévères sont permises là où une sanction plus contraignante — l'emprisonnement avec sursis — est exclue parce que trop clémente! 68

III

Enfin, je vais examiner l'arrêt *Proulx* de notre Cour, ainsi que l'objectif que visait le législateur en instaurant le régime d'emprisonnement avec sursis. 69

Dans *Proulx*, le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom de la Cour, a expliqué ce qui suit : 70

> ... l'emprisonnement avec sursis est une mesure qui faisait partie des modifications apportées à la partie XXIII du *Code*. Deux des principaux objectifs de la réforme de la partie XXIII étaient de réduire le recours

greater prominence to the principles of restorative justice in sentencing — the objectives of rehabilitation, reparation to the victim and the community, and the promotion of a sense of responsibility in the offender.

The conditional sentence facilitates the achievement of both of Parliament's objectives. It affords the sentencing judge the opportunity to craft a sentence with appropriate conditions that can lead to the rehabilitation of the offender, reparations to the community, and the promotion of a sense of responsibility in ways that jail cannot. However, it is also a punitive sanction. Indeed, it is the punitive aspect of a conditional sentence that distinguishes it from probation. As discussed above, it was not Parliament's intention that offenders who would otherwise have gone to jail for up to two years less a day now be given probation or some equivalent thereof.

Thus, a conditional sentence can achieve both punitive and restorative objectives. To the extent that both punitive and restorative objectives can be achieved in a given case, a conditional sentence is likely a better sanction than incarceration. Where the need for punishment is particularly pressing, and there is little opportunity to achieve any restorative objectives, incarceration will likely be the more attractive sanction. However, even where restorative objectives cannot be readily satisfied, a conditional sentence will be preferable to incarceration in cases where a conditional sentence can achieve the objectives of denunciation and deterrence as effectively as incarceration. This follows from the principle of restraint in s. 718.2(*d*) and (*e*), which militates in favour of alternatives to incarceration where appropriate in the circumstances. [Emphasis added; paras. 98-100.]

71 I do not read the underlined passage of this last paragraph to mean that, where there is opportunity to achieve a restorative objective by imposing a conditional sentence, it is improper or illegal to do so because sufficient incarceration has already occurred at the time of sentencing.

72 Earlier, Lamer C.J. stated:

... a consideration of ss. 718.2(*d*) and 718.2(*e*) leads me to the conclusion that serious consideration should

à l'incarcération comme sanction et d'accorder une plus grande importance aux principes de justice corrective dans la détermination de la peine — savoir la réinsertion sociale du délinquant, la réparation des torts causés aux victimes et à la collectivité et la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités.

L'emprisonnement avec sursis facilite la réalisation des deux objectifs du législateur. Il donne au tribunal la possibilité de façonner une peine assortie de conditions appropriées qui pourra mener — d'une manière que ne permettrait pas l'incarcération — à la réinsertion sociale du délinquant, à la réparation des torts causés à la collectivité et à la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités. Toutefois, il s'agit également d'une sanction punitive. De fait, c'est son aspect punitif qui distingue l'emprisonnement avec sursis de la probation. Comme nous l'avons vu plus tôt, le législateur n'entendait pas qu'un délinquant qui aurait autrement été incarcéré pendant une période de moins de deux ans bénéficie désormais de la probation ou d'une mesure équivalente.

L'emprisonnement avec sursis peut donc permettre la réalisation d'objectifs punitifs et correctifs. Dans la mesure où ces deux types d'objectifs peuvent être atteints dans un cas donné, l'emprisonnement avec sursis est probablement une sanction préférable à l'incarcération. Par contre, lorsque le besoin de punition est particulièrement pressant et qu'il y a peu de chances de réaliser des objectifs correctifs, l'incarcération constitue vraisemblablement la sanction la plus intéressante. Cependant, même dans les cas où la réalisation d'objectifs correctifs ne serait pas une tâche facile, l'emprisonnement avec sursis est préférable à l'incarcération lorsqu'il permet de réaliser aussi efficacement que celle-ci les objectifs de dénonciation et de dissuasion. C'est ce qui ressort du principe de modération qui est exprimé aux al. 718.2*d*) et *e*) et qui milite en faveur de l'application de sanctions autres que l'incarcération lorsque les circonstances le justifient. [Je souligne; par. 98-100.]

Je ne considère pas que le passage souligné de ce dernier paragraphe signifie que, dans les cas où il existe des chances de réaliser un objectif correctif en ordonnant l'emprisonnement avec sursis, il ne convient pas ou il est illégal de le faire parce qu'une incarcération d'une durée suffisante a déjà eu lieu au moment du prononcé de la peine.

Le juge en chef Lamer avait précédemment affirmé ceci :

... l'examen des al. 718.2*d*) et *e*) m'amène à conclure que le tribunal doit envisager sérieusement la possibilité

be given to the imposition of a conditional sentence in all cases where the first three statutory prerequisites are satisfied. Sections 718.2(*d*) and 718.2(*e*) codify the important principle of restraint in sentencing and were specifically enacted, along with s. 742.1, to help reduce the rate of incarceration in Canada. Accordingly, it would be an error in principle not to consider the possibility of a conditional sentence seriously when the statutory prerequisites are met. Failure to advert to the possibility of a conditional sentence in reasons for sentence where there are reasonable grounds for finding that the first three statutory prerequisites have been met may well constitute reversible error. [First emphasis in original; second and third emphases added; para. 90.]

de prononcer l'emprisonnement avec sursis dans tous les cas où les trois premiers préalables prévus par la loi sont réunis. Les alinéas 718.2*d*) et *e*) codifient le principe important de la modération dans la détermination des peines et, avec l'art. 742.1, ils ont été adoptés précisément en vue d'aider à réduire le taux d'incarcération au Canada. Par conséquent, constituerait une erreur de principe le fait de ne pas envisager sérieusement la possibilité de rendre une ordonnance de sursis à l'emprisonnement lorsque les préalables prévus par la loi sont réunis. L'omission de faire allusion à la possibilité d'une telle ordonnance dans les motifs de détermination de la peine, lorsqu'il existe des motifs raisonnables permettant de conclure que les trois premiers préalables fixés par la loi sont réunis, peut fort bien constituer une erreur justifiant l'infirmation de la décision. [Premier soulignement dans l'original, deuxième et troisième soulignements ajoutés; par. 90.]

And finally:

... it bears pointing out that a conditional sentence may be imposed even in circumstances where there are aggravating circumstances relating to the offence or the offender. Aggravating circumstances will obviously increase the need for denunciation and deterrence. However, it would be a mistake to rule out the possibility of a conditional sentence *ab initio* simply because aggravating factors are present. I repeat that each case must be considered individually.

Sentencing judges will frequently be confronted with situations in which some objectives militate in favour of a conditional sentence, whereas others favour incarceration. In those cases, the trial judge will be called upon to weigh the various objectives in fashioning a fit sentence. As La Forest J. stated in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 329, "[i]n a rational system of sentencing, the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and the circumstances of the offender." There is no easy test or formula that the judge can apply in weighing these factors. Much will depend on the good judgment and wisdom of sentencing judges, whom Parliament vested with considerable discretion in making these determinations pursuant to s. 718.3. [Emphasis added; paras. 115-16.]

These are the predominant teachings of *Proulx*. Nothing in the text or subtext of that decision precludes the imposition of a conditional sentence where the statutory conditions are met. Still less does *Proulx* exclude conditional sentences for

Et, enfin :

73

... il convient de souligner que le sursis à l'emprisonnement peut être octroyé même dans les cas où il y a des circonstances aggravantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant. Il va de soi que la présence de circonstances aggravantes augmentera le besoin de dénonciation et de dissuasion. Toutefois, il serait erroné d'écarter d'emblée la possibilité de l'octroi du sursis à l'emprisonnement pour cette seule raison. Je le répète, il faut apprécier chaque cas individuellement.

Il arrive fréquemment que le juge qui détermine la peine se trouve devant une situation où certains objectifs militent en faveur de l'octroi du sursis à l'emprisonnement et d'autres en faveur de l'emprisonnement. En pareils cas, le juge du procès doit soupeser ces divers objectifs pour déterminer la peine appropriée. Comme a expliqué le juge La Forest dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 329, « [d]ans un système rationnel de détermination des peines, l'importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtiment et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant. » Le juge ne dispose pas d'un critère ou d'une formule d'application simple à cet égard. Il faut s'en remettre au jugement et à la sagesse du juge qui détermine la peine, que le législateur a investi d'un pouvoir discrétionnaire considérable à cet égard à l'art. 718.3. [Je souligne; par. 115-116.]

74

Ce sont là les principaux enseignements qui se dégagent de l'arrêt *Proulx*. Rien dans le texte ou le thème de cette décision n'exclut la possibilité d'ordonner l'emprisonnement avec sursis lorsque les conditions prévues par la loi sont réunies. L'arrêt

particular offences or particular offenders. The opposite, as we have just seen, is true.

75 Where an offender has at the time of sentence already spent time in custody and a court would otherwise have imposed a sentence of more than two years, the deterrent and punitive purposes will in some instances have been satisfied by the time spent in custody.

76 A further custodial sentence may well frustrate both of Parliament's main objectives in reforming Part XXIII of the *Criminal Code*. The first, it will be recalled, was to reduce the use of incarceration as a sanction; the second, to give greater prominence to the principles of restorative justice, including rehabilitation.

77 A conditional sentence of imprisonment, on the other hand, will in some circumstances promote both of Parliament's objectives without overlooking the need for punishment or denunciation. Where this is the case, I see no reason of principle, policy or precedent to limit the sentencing court to a choice between a probationary sentence that is too lenient and a custodial sentence that is too severe.

78 Conditional sentences were introduced by Parliament to afford judges greater flexibility in sentencing: Section 742.1 should not be interpreted so as to frustrate this evident purpose.

79 In my respectful view, nothing in *Proulx* was meant to prevent trial courts from imposing conditional sentences where, on account of the time already served, further institutional detention is not required and a term of imprisonment to be served in the community best responds to the principles and purposes of sentencing set out by Parliament in the *Criminal Code*. At its highest, from the Crown's perspective, *Proulx* is silent on that issue.

Proulx ne réserve pas non plus l'emprisonnement avec sursis à certaines infractions ou à certains délinquants. Comme nous venons de le voir, c'est plutôt le contraire.

Lorsque le délinquant a déjà passé une période sous garde au moment du prononcé de la peine, et que le tribunal lui aurait autrement infligé une peine d'emprisonnement de plus de deux ans, les objectifs de dissuasion et de châtiment auront, dans certains cas, été réalisés par la période de détention.

L'infliction d'une autre peine d'emprisonnement pourrait bien compromettre les deux principaux objectifs que visait le législateur en réformant la partie XXIII du *Code criminel*. Le premier de ces objectifs était, rappelons-le, de réduire le recours à l'incarcération comme sanction, et le deuxième consistait à accorder une importance plus grande aux principes de justice corrective, dont la réinsertion sociale du délinquant.

L'infliction d'une peine d'emprisonnement avec sursis, par contre, favorisera dans certains cas la réalisation des deux objectifs du législateur, tout en tenant compte du besoin de punition ou de dénonciation. Dans un tel cas, je ne vois ni principe ni politique ni précédent qui justifierait d'obliger le tribunal chargé de déterminer la peine à choisir entre une mesure probatoire, trop clémente, et une peine d'emprisonnement, trop sévère.

Le législateur a instauré l'emprisonnement avec sursis pour donner plus de latitude aux juges dans la détermination des peines : il faut se garder d'interpréter l'art. 742.1 de manière à nuire à la réalisation de cet objectif manifeste.

À mon humble avis, il n'y a rien dans l'arrêt *Proulx* qui ait pour effet d'empêcher le juge qui préside un procès de prononcer une ordonnance de sursis à l'emprisonnement dans le cas où, vu le temps déjà purgé, le maintien en détention n'est pas requis et où l'infliction d'une peine d'emprisonnement à être purgée au sein de la collectivité répond le mieux aux principes et objectifs de détermination des peines énoncés par le législateur dans le *Code criminel*. Tout au plus, du point de vue du ministère public, l'arrêt *Proulx* est muet sur cette question.

Indeed, as I mentioned earlier, *Proulx* requires the imposition of a conditional sentence to be considered where the statutory conditions are met, as they were in this case.

The reasons of Charron J.A., as I have said as well, are in my view persuasive, and her conclusion is in my view correct.

Accordingly, with respect for those who are of a different view, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, DESCHAMPS *and* FISH JJ. *dissenting.*

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

Solicitors for the respondent: Aitken Robertson, Peterborough, Ontario.

De fait, comme je l'ai mentionné précédemment, l'arrêt *Proulx* prescrit d'envisager l'octroi d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement lorsque les conditions prévues par la loi sont réunies, comme c'était le cas en l'espèce. 80

Comme je l'ai également dit, les motifs de la juge Charron sont à mon avis convaincants, et sa conclusion est à mon sens exacte. 81

Par conséquent, en toute déférence pour les tenants de l'opinion contraire, je rejetterais le présent pourvoi. 82

Pourvoi accueilli, les juges DESCHAMPS *et* FISH *dissidents.*

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Aitken Robertson, Peterborough, Ontario.

Janssen-Ortho Inc. and Daiichi Pharmaceutical Co. *Applicants*

v.

Novopharm Ltd. and Minister of Health *Respondents*

Janssen-Ortho Inc. et Daiichi Pharmaceutical Co. *Requérantes*

c.

Novopharm Ltd. et ministre de la Santé *Intimés*

INDEXED AS: JANSSEN-ORTHO INC. *v.* NOVOPHARM LTD.

Neutral citation: 2005 SCC 33.

File No.: 30900.

2005: May 25.

Present: LeBel J.

RÉPERTORIÉ : JANSSEN-ORTHO INC. *c.* NOVOPHARM LTD.

Référence neutre : 2005 CSC 33.

N° du greffe : 30900.

2005 : 25 mai.

Présent : Le juge LeBel.

MOTION TO EXTEND THE TIME IN WHICH TO SERVE AND FILE THE APPLICATION FOR LEAVE

Practice — Supreme Court of Canada — Motion to extend time to file application for leave to appeal — Lack of diligence to file application — Motion dismissed.

MOTION to extend the time in which to serve and file the application for leave to appeal. Motion dismissed.

Written submissions by *Neil R. Belmore, Ken Clark, Michael E. Charles, Christine M. Pallotta* and *Noel Courage*, for the applicants.

Written submissions by *Diane E. Cornish* and *David W. Aitken*, for the respondent Novopharm Ltd.

The following order was delivered by

1 LEBEL J. — The applicants, Janssen-Ortho Inc. and Daiichi Pharmaceutical Co. Ltd., applied on April 22, 2005 for an order extending the time to serve and file an application for leave to appeal from a judgment rendered by Richard C.J. of the Federal Court of Appeal on January 4, 2005 (2005 FCA 2), dismissing an application for a stay of a judgment of Mosley J. of the Federal Court rendered on November 19, 2004 ((2004), 35 C.P.R. (4th) 353,

REQUÊTE EN PROROGATION DU DÉLAI DE SIGNIFICATION ET DE DÉPÔT DE LA DEMANDE D'AUTORISATION D'APPEL

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en prorogation du délai pour déposer la demande d'autorisation d'appel — Manque de diligence pour déposer la demande — Requête rejetée.

REQUÊTE en prorogation du délai de signification et de dépôt de la demande d'autorisation d'appel. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *Neil R. Belmore, Ken Clark, Michael E. Charles, Christine M. Pallotta* et *Noel Courage*, pour les requérantes.

Argumentation écrite par *Diane E. Cornish* et *David W. Aitken*, pour l'intimée Novopharm Ltd.

Version française de l'ordonnance rendue par

LE JUGE LEBEL — Le 22 avril 2005, les requérantes, Janssen-Ortho Inc. et Daiichi Pharmaceutical Co. Ltd., ont demandé une ordonnance prorogeant le délai imparti pour signifier et déposer une demande d'autorisation d'appel à l'égard d'un jugement du juge en chef Richard de la Cour d'appel fédérale, daté du 4 janvier 2005 (2005 FCA 2), qui rejetait une demande de sursis à l'exécution d'un jugement du juge Mosley de la Cour fédérale rendu le

2004 FC 1631); and from a judgment of the Federal Court of Appeal rendered on January 6, 2005 (2005 FCA 6), dismissing the appeal from the judgment of Mosley J. as moot. The judgment of Mosley J. had dismissed an application to prohibit the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the respondent Novopharm Ltd. under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133. After the judgment of Mosley J., the Minister issued a notice of compliance. The applicants filed a notice of appeal from the judgment of Mosley J., and attempted to stay that judgment and quash the notice of compliance in the Federal Court of Appeal.

19 novembre 2004 ((2004), 35 C.P.R. (4th) 353, 2004 FC 1631); ainsi qu'à l'égard du jugement de la Cour d'appel fédérale, rendu le 6 janvier 2005 (2005 FCA 6), qui rejetait pour cause d'absence d'intérêt pratique l'appel formé contre le jugement du juge Mosley. Ce dernier avait rejeté une requête visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l'intimée Novopharm Ltd. en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133. Après le jugement du juge Mosley, le ministre a délivré un avis de conformité. Les requérantes ont déposé un avis d'appel à l'égard du jugement du juge Mosley et demandé à la Cour d'appel fédérale de surseoir à l'exécution de ce jugement et d'annuler l'avis de conformité.

The deadline for filing an application for leave to appeal was March 7, 2005. From the record of the application, it appears that the applicants gave no indication until March 7, 2005, of their intention to seek leave to appeal. Then, on the last day of the 60-day period, they sent a letter to each of the respondents, Novopharm Ltd. and the Minister of Health, seeking their consent. Consent was refused by the respondent Novopharm, while the Minister took no position. Nevertheless, the applicants did not file their application for leave to appeal and for an extension of time until April 22, 2005, 106 days after the judgment of the Federal Court of Appeal.

2 La date limite pour le dépôt d'une demande d'autorisation d'appel était le 7 mars 2005. Il appert du dossier de la demande que les requérantes n'ont, avant cette date, donné aucune indication de leur intention de présenter une telle demande. Puis, le dernier jour du délai de 60 jours, elles ont envoyé à chacun des intimés, Novopharm Ltd. et le ministre de la Santé, une lettre dans laquelle elles sollicitaient leur consentement. L'intimée Novopharm a refusé de donner son consentement, tandis que le ministre ne s'est pas prononcé à ce sujet. Les requérantes n'ont cependant déposé leur demande d'autorisation d'appel et de prorogation de délai que le 22 avril 2005, soit 106 jours après l'arrêt de la Cour d'appel fédérale.

The grounds for an extension of time are that our Court rendered two decisions dismissing applications for leave to appeal on January 20 and 27, 2005, in cases raising similar issues and that the applicants needed more time to consider the implications of these decisions, as well as relevant case law. No other explanation is offered for this apparent lack of diligence.

3 Les moyens invoqués au soutien de la requête en prorogation de délai sont les suivants : notre Cour a, les 20 et 27 janvier 2005, rendu deux décisions rejetant des demandes d'autorisation d'appel dans des instances soulevant des questions similaires; les requérantes avaient besoin de plus de temps pour étudier les implications de ces décisions ainsi que la jurisprudence pertinente. Aucune autre explication n'a été présentée pour justifier ce manque de diligence apparent.

Absent other and better grounds for the delay, our Court should not entertain such an application in a matter that was mainly procedural and in which one would expect that the relevant issues and case law should have been considered and

4 En l'absence d'autres raisons plus solides justifiant le retard à agir, notre Cour ne devrait pas accueillir favorablement une telle requête, dans une affaire qui était principalement de nature procédurale et dans laquelle on peut s'attendre à ce que les

scrutinized in the courts below. Time limits should mean something. Valid reasons should be given to explain the delay. Our Court must be flexible and fair. Fairness is owed not only to applicants but also to respondents who may very well be significantly inconvenienced by undue or unexplained delays.

questions et la jurisprudence pertinentes ont été prises en considération et examinées en profondeur par les juridictions inférieures. Les délais doivent avoir une signification. Des raisons valables devraient être données pour expliquer le retard à agir. Notre Cour doit faire preuve de souplesse et d'équité. Les requérantes ne sont pas les seules à avoir droit à l'équité; les intimés y ont droit eux aussi, puisqu'ils pourraient très bien subir des inconvénients sérieux du fait de délais abusifs ou inexpliqués.

5 For these reasons, the application for an extension of time is dismissed with costs.

Pour ces motifs, la requête en prorogation de délai est rejetée avec dépens.

Motion dismissed with costs.

Requête rejetée avec dépens.

Solicitors for the applicant Janssen-Ortho Inc.: Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

Procureurs de la requérante Janssen-Ortho Inc. : Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

Solicitors for the applicant Daiichi Pharmaceutical Co.: Bereskin & Parr, Toronto.

Procureurs de la requérante Daiichi Pharmaceutical Co. : Bereskin & Parr, Toronto.

Solicitors for the respondent Novopharm Ltd.: Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

Procureurs de l'intimée Novopharm Ltd. : Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

Solicitor for the respondent the Minister of Health: Department of Justice, Ottawa.

Procureur de l'intimé le ministre de la Santé : Ministère de la Justice, Ottawa.

Royal Bank of Canada *Appellant*

v.

State Farm Fire and Casualty Company *Respondent*

and between

Michael Ian Beardall Alexander *Appellant*

v.

State Farm Fire and Casualty Company *Respondent*

Banque Royale du Canada *Appelante*

c.

State Farm Fire and Casualty Company *Intimée*

et entre

Michael Ian Beardall Alexander *Appelant*

c.

State Farm Fire and Casualty Company *Intimée*

INDEXED AS: ROYAL BANK OF CANADA *v.* STATE FARM FIRE AND CASUALTY CO.

Neutral citation: 2005 SCC 34.

File Nos.: 30275, 30231.

2005: April 13; 2005: June 9.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Insurance — Fire Insurance — Statutory conditions — Material change to risk — Vacancy — Mortgage clause — Insured house vacated by owners at time of fire — Insurer not notified of vacancy — Mortgagees making claim under insurance policy pursuant to standard mortgage clause — Statutory condition permitting avoidance of insurance contract if insurer not promptly notified of any change material to risk within control and knowledge of insured — Insurer denying claim, asserting vacancy was "change material to the risk" — Whether insurer may void coverage on basis mortgagees failed to notify it that house had been vacated.

RÉPERTORIÉ : BANQUE ROYALE DU CANADA *c.* STATE FARM FIRE AND CASUALTY CO.

Référence neutre : 2005 CSC 34.

N^os^ du greffe : 30275, 30231.

2005 : 13 avril; 2005 : 9 juin.

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

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

Assurance — Assurance-incendie — Conditions légales — Changement essentiel pour l'appréciation du risque — Inoccupation — Clause hypothécaire — Maison assurée inoccupée par les propriétaires au moment de l'incendie — Assureur n'ayant pas été avisé de l'inoccupation — Demande d'indemnité par les créanciers hypothécaires en vertu de la police d'assurance, selon la clause hypothécaire type — Condition légale permettant d'annuler le contrat d'assurance si l'assureur n'a pas été promptement avisé d'un changement essentiel pour l'appréciation du risque sur lequel l'assuré avait un contrôle ou dont il avait connaissance — Demande d'indemnité refusée par l'assureur, au motif que l'inoccupation constituait un « changement essentiel pour l'appréciation du risque » — L'assureur peut-il refuser la protection, au motif que les créanciers hypothécaires ne l'ont pas avisé de l'inoccupation de la maison?

A fire destroyed a house. By the time of the fire, the insured house had been vacated by the owners and was controlled by the mortgagees. The mortgagees made an insurance claim pursuant to the standard mortgage clause in the policy. The insurer denied the claim because it had not been informed of the vacancy of the house. It asserted that the vacancy was a "change material to the risk and within the control and knowledge" of the mortgagees and that, under Statutory Condition 4, it was entitled to void coverage. The mortgagees sued the insurer, alleging breach of the policy. The Ontario Superior Court of Justice found that although Statutory Condition 4 did not conflict with the mortgage clause it was not applicable in the circumstances of this case. The Court of Appeal set aside the decision and granted judgment in favour of the insurer.

Held: The appeal should be allowed.

Statutory Condition 4 cannot be relied on by the insurer to void coverage. In light of the wording of the mortgage clause, terms of the policy that conflict with that clause, including exceptions to the mortgagor's coverage, do not affect the mortgagees' coverage. Here, Statutory Condition 4 conflicts with the mortgage clause. The conflict arises because Statutory Condition 4 would permit the insurer to void coverage on the basis of a "change material to the risk and within the control and knowledge of the Insured" of which it was not notified. On the assumption that "Insured" means the mortgagor, this right cannot be reconciled with the mortgage clause, which provides that the mortgagees' coverage shall remain in force despite any act of the mortgagor — including an act causing a "change material to the risk". The conflict remains if one assumes that the reference to "Insured" captures mortgagees as well as the mortgagor. While the conflict is avoided if "Insured" is read to mean only a mortgagee, such a reading is untenable. [22-26]

Moreover, on the facts of this case, even if there were no conflict and the insurer could make out a "change material to the risk" within the control and knowledge of the mortgagees, it could not rely on that change to void the coverage insofar as the change related to vacancy or non-occupancy of the insured house. The mortgage

Un incendie a détruit une maison. Au moment de l'incendie, la maison assurée n'était plus occupée par ses propriétaires et était sous le contrôle des créanciers hypothécaires. Ceux-ci ont présenté une demande d'indemnité en vertu de la police d'assurance, se fondant sur la clause hypothécaire type qui y était contenue. L'assureur a refusé la demande d'indemnité parce qu'il n'avait pas été avisé de l'inoccupation de la maison. Selon lui, l'inoccupation constituait un « changement essentiel pour l'appréciation du risque » sur lequel les créanciers hypothécaires avaient un contrôle et, d'après la condition légale numéro 4, il avait le droit d'annuler la protection. Les créanciers hypothécaires ont poursuivi l'assureur, invoquant la violation de la police d'assurance. Selon la Cour supérieure de justice de l'Ontario, la condition légale numéro 4 n'entrait pas en conflit avec la clause hypothécaire, mais elle ne s'appliquait pas dans les circonstances. La Cour d'appel a annulé la décision et a accordé jugement en faveur de l'assureur.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

L'assureur ne peut pas se prévaloir de la condition légale numéro 4 pour annuler la protection. D'après le libellé de la clause hypothécaire, les conditions de la police incompatibles avec cette clause, y compris les exceptions à la protection du débiteur hypothécaire, n'affectent pas la protection des créanciers hypothécaires. En l'espèce, la condition légale numéro 4 va à l'encontre de la clause hypothécaire. Il y a conflit parce que la condition légale numéro 4 permettrait à l'assureur d'annuler la protection pour cause de « changement essentiel pour l'appréciation du risque sur lequel l'Assuré a un contrôle ou dont il a connaissance », et dont l'assureur n'a pas été avisé. Si l'on présume que le mot « assuré » désigne le débiteur hypothécaire, il est impossible de concilier ce droit avec la clause hypothécaire, qui prévoit que la protection des créanciers hypothécaires est maintenue malgré les actes du débiteur hypothécaire — y compris un acte entraînant un « changement essentiel pour l'appréciation du risque ». Le conflit subsiste si l'on présume que le terme « assuré » englobe à la fois les créanciers hypothécaires et le débiteur hypothécaire. Même s'il est possible d'éviter le conflit en interprétant le mot « assuré » comme désignant uniquement le créancier hypothécaire, une telle interprétation est insoutenable. [22-26]

De plus, d'après les faits de la présente espèce, même s'il n'y a pas conflit et que l'assureur pouvait prouver qu'il y a eu un « changement essentiel pour l'appréciation du risque » sur lequel les créanciers hypothécaires avaient un contrôle ou dont ils avaient connaissance, il ne pourrait invoquer ce changement pour annuler la

clause clearly states that the mortgagees' coverage shall remain in force "notwithstanding . . . any vacancy or non-occupancy" attributable to the mortgagor. [29]

Cases Cited

Referred to: *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029.

Statutes and Regulations Cited

Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, Part IV.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (McMurtry C.J.O. and Doherty and Blair JJ.A.) (2004), 69 O.R. (3d) 591, 6 C.C.L.I. (4th) 20, 181 O.A.C. 134, [2004] I.L.R. ¶ I-4263, [2004] O.J. No. 91 (QL), reversing a decision of Wilton-Siegel J. (2002), 43 C.C.L.I. (3d) 274, [2003] I.L.R. ¶ I-4154, [2002] O.J. No. 4209 (QL). Appeal allowed.

Richard Horodyski and *Amanda Jackson*, for the appellant Royal Bank of Canada.

Michael Ian Beardall Alexander, on his own behalf.

David Zarek, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — A fire destroyed a house insured by the respondent, State Farm Fire and Casualty Company (the "Insurer"). By the time of the fire, the house had been vacated by its owners and controlled successively by the appellants, Royal Bank of Canada and Michael Alexander, who held respectively first and second mortgages over the property on which the house was located. The appellants claimed under the insurance policy issued by the Insurer pursuant to the standard mortgage clause contained in it.

This appeal asks whether the Insurer can avoid the policy, and thereby deny the appellants' claims, on the basis that the appellants failed to notify it that

protection dans la mesure où celui-ci concernait la vacance ou l'inoccupation de la maison assurée. La clause hypothécaire stipule clairement : « Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes [. . .] des [débiteurs hypothécaires] [. . .] notamment en ce qui concerne [. . .] la vacance ou l'inoccupation ». [29]

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029.

Lois et règlements cités

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, partie IV.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef McMurtry et les juges Doherty et Blair) (2004), 69 O.R. (3d) 591, 6 C.C.L.I. (4th) 20, 181 O.A.C. 134, [2004] I.L.R. ¶ I-4263, [2004] O.J. No. 91 (QL), infirmant une décision du juge Wilton-Siegel (2002), 43 C.C.L.I. (3d) 274, [2003] I.L.R. ¶ I-4154, [2002] O.J. No. 4209 (QL). Pourvoi accueilli.

Richard Horodyski et *Amanda Jackson*, pour l'appelante Banque Royale du Canada.

Michael Ian Beardall Alexander, en personne.

David Zarek, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Un incendie a détruit une maison assurée par l'intimée, State Farm Fire and Casualty Company (l'« assureur »). Au moment de l'incendie, la maison n'était plus occupée par ses propriétaires et avait été sous le contrôle successif des appelants, la Banque Royale du Canada et Michael Alexander, respectivement détenteurs d'une hypothèque de premier rang et d'une hypothèque de deuxième rang sur le terrain sur lequel la maison était située. Les appelants ont présenté une demande d'indemnité en vertu de la police d'assurance établie par l'assureur, se fondant sur la clause hypothécaire type qui y était contenue. 1

Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si l'assureur peut éviter d'appliquer la police et refuser ainsi les demandes d'indemnité des appelants, au 2

the house had been vacated. For the reasons that follow, it cannot. The appeal is allowed.

I. Facts

3 After purchasing a house near London, Ontario, in 1997, Julaine and Todd Deeks insured it against fire through a homeowner's insurance policy with the Insurer.

4 On April 16, 2000, the Deeks' house was destroyed by a fire of unknown cause. The Deeks were unharmed, having several months earlier defaulted on their mortgages with the appellants and vacated their house after the commencement of power of sale proceedings.

5 Between the time the Deeks vacated the house and the time of the fire, the house remained unoccupied at all times. However, the appellants, in succession, secured and maintained it.

6 While the appellants may have exercised some control over the Deeks' property in taking sensible steps to maintain its value, neither ever became its owner. While both appellants, at various times, could have sought an order for foreclosure, which would have transferred ownership of the property, neither opted for this remedy. Each chose to proceed by power of sale. At the time of the fire, the appellant Alexander had only commenced an action for payment under the mortgage and for possession of the property.

7 Neither the Deeks nor the appellants notified the Insurer that the house was vacant.

8 The Deeks' insurance policy with the Insurer included, in standard form, the following clause for the benefit of mortgagees such as the appellants (the "Mortgage Clause"):

(Approved by the I.B.C.): This insurance and every documented renewal thereof — AS TO THE INTEREST

motif qu'ils ne l'ont pas avisé que la maison était vacante. Pour les motifs qui suivent, il ne peut agir ainsi. Le pourvoi est accueilli.

I. Les faits

Après avoir acheté une maison près de London, en Ontario, en 1997, Julaine et Todd Deeks l'ont assurée contre l'incendie en souscrivant une police d'assurance propriétaires occupants auprès de l'assureur.

Le 16 avril 2000, la maison des Deeks a été détruite par un incendie d'origine indéterminée. Les Deeks s'en sont tirés indemnes du sinistre étant donné qu'ils étaient depuis plusieurs mois en défaut de paiement hypothécaire et qu'ils avaient cessé d'occuper la maison après l'introduction d'une instance de pouvoir de vente.

Entre le moment où les Deeks ont cessé d'occuper la maison et le moment de l'incendie, la maison est toujours restée inoccupée. Toutefois, les appelants ont, successivement, assuré la sécurité et l'entretien des lieux.

Bien que les appelants aient pu exercer un certain contrôle sur la propriété des Deeks en prenant des mesures raisonnables pour en conserver la valeur, ni l'un ni l'autre n'en sont jamais devenus propriétaires. Les deux appelants auraient pu, à divers moments, demander une ordonnance de forclusion, qui leur aurait transféré le droit de propriété sur le bien, mais aucun d'eux n'a opté pour ce recours, chacun préférant exercer son pouvoir de vente. Lorsque l'incendie est survenu, l'appelant Alexander venait tout juste d'intenter une action en paiement hypothécaire et possession de la propriété.

Ni les Deeks ni les appelants n'ont avisé l'assureur de l'inoccupation de la maison.

La police d'assurance que les Deeks avait souscrite auprès de l'assureur comportait la clause type suivante au bénéfice des créanciers hypothécaires tels les appelants (la « clause hypothécaire ») :

[TRADUCTION] (Formule approuvée par le B.A.C.) : Ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires

OF THE MORTGAGEE ONLY THEREIN — is and shall be in force notwithstanding any act, neglect, omission or misrepresentation attributable to the mortgagor, owner or occupant of the property insured, including transfer of interest, any vacancy or non-occupancy, or the occupation of the property for purposes more hazardous than specified in the description of the risk; PROVIDED ALWAYS that the Mortgagee shall notify forthwith the Insurer (if known) of any vacancy or non-occupancy extending beyond thirty (30) consecutive days, or of any transfer of interest or increased hazard THAT SHALL COME TO HIS KNOWLEDGE; and that every increase of hazard (not permitted by the Policy) shall be paid for by the Mortgagee — on reasonable demand — from the date such hazard existed, according to the established scale of rates for the acceptance of such increased hazard, during the continuance of this insurance.

. . .

In the absence of the Insured, or the inability, refusal or neglect of the Insured to give notice of loss or deliver the required Proof of Loss under the Policy, then the Mortgagee may give the notice upon becoming aware of the loss and deliver as soon as practicable the Proof of Loss.

The term of this mortgage clause coincides with the term of the Policy; PROVIDED ALWAYS that the Insurer reserves the right to cancel the Policy as provided by Statutory provision but agrees that the Insurer will neither terminate nor alter the Policy to the prejudice of the Mortgagee without the notice stipulated in such Statutory provision.

Should title or ownership to said property become vested in the Mortgagee and/or assigns as owner or purchaser under foreclosure or otherwise, this insurance shall continue until expiry or cancellation for the benefit of the said Mortgagee and/or assigns.

SUBJECT TO THE TERMS OF THIS MORTGAGE CLAUSE (and these shall supersede any policy provisions in conflict therewith BUT ONLY TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE), loss under this Policy is made payable to the Mortgagee. [Emphasis added.]

The policy also included this provision ("Statutory Condition Number 4"):

Any change material to the risk and within the control and knowledge of the Insured voids the contract as to the

les actes, négligences ou déclarations des propriétaires, locataires ou occupants des biens assurés, notamment en ce qui concerne les transferts d'intérêts, la vacance ou l'inoccupation, ou l'affectation des lieux à des fins plus dangereuses que celles déclarées.

Les créanciers hypothécaires sont tenus d'aviser l'Assureur (si ce dernier leur est connu) dès qu'ils sont au courant de toute inoccupation ou vacance de plus de trente jours consécutifs, de tout changement dans les droits de propriété ou de toute aggravation du risque, à charge pour eux d'acquitter, sur demande raisonnable, les surprimes afférentes aux aggravations dépassant les normes d'acceptation fixées pour le présent contrat et cela au tarif établi à cet égard et pour la durée du contrat restant à courir à compter du début des aggravations en question.

. . .

En cas d'absence ou incapacité de l'Assuré, ou s'il refuse ou néglige de présenter les déclarations de sinistre ou formulaires de demandes d'indemnité exigés par le contrat, ces déclarations peuvent être faites par les créanciers hypothécaires dès qu'ils sont au courant des sinistres, les formulaires de demande devant dès lors être produits par eux dans les meilleurs délais.

Les effets de la présente clause prennent fin en même temps que le contrat, sous réserve des droits de résiliation dont l'Assureur peut se prévaloir aux termes de ce dernier, et à charge pour l'Assureur de se conformer aux dispositions de l'article 5 des Conditions légales et de donner aux créanciers hypothécaires le préavis exigé de toute résiliation ou modification pouvant leur causer préjudice.

Si les créanciers hypothécaires ou leurs ayants droit acquièrent, par saisie ou autrement, les titres ou les droits de propriété des biens assurés, ils ont droit dès lors au bénéfice de la présente assurance tant qu'elle demeure en vigueur.

Aux conditions ci-dessus (lesquelles doivent par ailleurs prévaloir en ce qui concerne les intérêts des créanciers hypothécaires contre toutes celles du contrat entrant en conflit avec elles), les sinistres sont payables directement aux créanciers hypothécaires. . . [Je souligne.]

La police d'assurance comporte également la clause suivante (« Condition légale numéro 4 ») : 9

[TRADUCTION] Tout changement essentiel pour l'appréciation du risque sur lequel l'Assuré a un

part affected thereby, unless the change is promptly notified in writing to the Insurer or its local agent, and the Insurer when so notified may return the unearned portion, if any, of the premium paid and cancel the contract, or may notify the Insured in writing that, if he desires the contract to continue in force, he must, within fifteen days of the receipt of the notice, pay to the Insurer an additional premium and in default of such payment the contract is no longer in force .... [Emphasis added.]

Statutory Condition Number 4 appears in every contract made in Ontario providing "insurance against loss of or damage to property arising from the peril of fire" by virtue of Part IV of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8.

10 Pursuant to the Mortgage Clause, the appellants filed claims with the Insurer respecting the loss caused by the fire. The Insurer denied those claims. It asserted that the vacancy of the Deeks' house was a "change material to the risk" within the control and knowledge of the appellants of which it had not been notified, and that it was thus entitled to avoid payment under the policy pursuant to Statutory Condition Number 4.

11 The appellants sued the Insurer, alleging breach of the policy. All parties moved for summary judgment upon a determination by the court as to whether the Insurer could void the appellants' coverage.

II. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice* (2002), 43 C.C.L.I. (3d) 274

12 Wilton-Siegel J. stated that Statutory Condition Number 4 did not conflict with the Mortgage Clause. The Mortgage Clause dealt with changes in risk brought about by the mortgagor and within a mortgagee's knowledge, whereas Statutory Condition Number 4 spoke to changes in risk within a mortgagee's knowledge and control. In his view, Statutory Condition Number 4 would allow the Insurer to void the coverage of a mortgagee who failed to notify the Insurer of a "change

contrôle ou dont il a connaissance est une cause de nullité du contrat pour la partie ainsi touchée, à moins qu'avis de ce changement ne soit promptement donné par écrit à l'Assureur ou à son agent local; et l'Assureur ainsi avisé peut rembourser la part non acquise, s'il en est, de la prime versée et annuler le contrat, ou aviser par écrit l'Assuré que, s'il désire la continuation de la police, il doit, dans les quinze jours suivant la réception de l'avis, verser à l'Assureur une surprime; et à défaut de paiement, le contrat cesse d'être en vigueur ... [Je souligne.]

La condition légale numéro 4 figure dans tous les contrats conclus en Ontario établissant des « assurances contre les pertes de biens ou les dommages causés à ceux-ci dus aux risques d'incendie », conformément à la partie IV de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8.

Invoquant la clause hypothécaire, les appelants ont présenté à l'assureur des demandes d'indemnité pour le sinistre causé par l'incendie, lesquelles ont été refusées. Selon l'assureur, l'inoccupation de la maison des Deeks constituait un « changement essentiel pour l'appréciation du risque » sur lequel les appelants avaient un contrôle ou dont ils avaient connaissance; comme il n'en avait pas été avisé, son refus de paiement au titre de la police était justifié selon la condition légale numéro 4.

Les appelants ont poursuivi l'assureur, invoquant la violation de la police d'assurance. Toutes les parties ont demandé un jugement sommaire sur la question de savoir si l'assureur pouvait annuler la protection des appelants.

II. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2002), 43 C.C.L.I. (3d) 274

Le juge Wilton-Siegel a affirmé que la condition légale numéro 4 n'entrait pas en conflit avec la clause hypothécaire. Celle-ci visait les changements dans le risque survenus du fait du débiteur hypothécaire et à la connaissance du créancier hypothécaire, alors que la condition légale numéro 4 visait les changements sur lesquels le créancier hypothécaire avait un contrôle ou dont il avait connaissance. À son avis, la condition légale numéro 4 permettait à l'assureur d'annuler la garantie offerte au créancier

material to the risk" within its control and knowledge.

Wilton-Siegel J. determined that Statutory Condition Number 4 was not applicable in the circumstances. The only "change material to the risk" occurred when the Deeks vacated their house. Neither of the appellants was in a position to reverse that change as neither had title. Accordingly, neither could be said to have had control over the change.

On that basis, Wilton-Siegel J. granted judgment in favour of the appellants.

B. *Court of Appeal for Ontario* (2004), 69 O.R. (3d) 591

Doherty J.A., speaking for the unanimous court, agreed with Wilton-Siegel J. that Statutory Condition Number 4 did not conflict with the Mortgage Clause. However, unlike Wilton-Siegel J., he considered that Statutory Condition Number 4 had been triggered by the appellants and that the Insurer could thus void the policy. In his view, the continued vacancy of the Deeks' house after the appellants gained control of it was a "change material to the risk" existing at the inception of the policy within the appellants' control and knowledge.

In the result, the court allowed the appeal, and granted judgment in favour of the Insurer.

III. Issues

The appeal raises two issues:

1. Does Statutory Condition Number 4 permit the Insurer to void the coverage granted to a mortgagee by the Standard Mortgage Clause in the event of a "change material to the risk" within

hypothécaire qui n'a pas avisé l'assureur d'un « changement essentiel pour l'appréciation du risque » sur lequel il avait un contrôle ou dont il avait connaissance.

13 Le juge Wilton-Siegel a estimé que la condition légale numéro 4 ne s'appliquait pas dans les circonstances. Le seul « changement essentiel pour l'appréciation du risque » s'est produit lorsque les Deeks ont cessé d'occuper leur maison. Aucun des appelants n'était en mesure d'inverser ce changement étant donné que ni l'un ni l'autre ne détenait le titre de propriété. Par conséquent, ni l'un ni l'autre ne pouvait être considéré comme ayant eu un contrôle sur le changement.

14 Sur ce fondement, le juge Wilton-Siegel a accordé jugement en faveur des appelants.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2004), 69 O.R. (3d) 591

15 Le juge Doherty, au nom de la cour unanime, a convenu avec le juge Wilton-Siegel que la condition légale numéro 4 n'entrait pas en conflit avec la clause hypothécaire. Toutefois, contrairement au juge Wilton-Siegel, il a estimé que les appelants avaient enclenché l'application de cette condition, de sorte que l'assureur pouvait annuler la police. À son avis, l'inoccupation continue de la maison des Deeks après sa prise de contrôle par les appelants constituait un « changement essentiel pour l'appréciation du risque » qui existait à l'entrée en vigueur de la police et sur lequel les appelants avaient un contrôle ou dont ils avaient connaissance.

16 En définitive, la cour a accueilli l'appel et a accordé jugement en faveur de l'assureur.

III. Questions en litige

17 Le pourvoi soulève deux questions :

1. La condition légale numéro 4 permet-elle à l'assureur d'annuler la protection accordée à un créancier hypothécaire par la clause hypothécaire type advenant un « changement essentiel

the control and knowledge of that mortgagee of which the Insurer is not notified?

2. If so, was there a "change material to the risk" within the control and knowledge of either of the appellant mortgagees of which the Insurer was not notified?

18 In light of my conclusion respecting the first issue, I do not address the second.

IV. Analysis

19 Terms such as the Mortgage Clause are "the standard vehicle by which mortgagees insure their interest in encumbered property": *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, at p. 1047. They allow mortgagees to "piggy-back" on the insurance purchased by mortgagors, and represent "the most economical, rational, and fair procedure for effecting insurance on the interest of mortgagees": *Katsikonouris*, at p. 1053.

20 The wording of the relevant mortgage clause determines the scope of coverage granted to a mortgagee. In *Katsikonouris*, La Forest J. held that the mortgage clause at issue protected the coverage of the mortgagee from any misrepresentation by the mortgagor, including one made before the issuance of the policy. Though La Forest J. discussed the existence of an independent contract between the insurer and the mortgagee created by the mortgage clause, it is clear that the mortgagee's protection from misrepresentations contained in that contract was founded on the "simple and untechnical language" of the clause (p. 1038).

21 In this case, the Mortgage Clause provides that "loss under this Policy is made payable to the Mortgagee". Taken on its own, that statement suggests that mortgagees obtain, by way of the Mortgage

pour l'appréciation du risque » sur lequel ce créancier hypothécaire a un contrôle ou dont il a connaissance, et dont l'assureur n'a pas été avisé?

2. Dans l'affirmative, y a-t-il eu un « changement essentiel pour l'appréciation du risque » sur lequel l'un ou l'autre des créanciers hypothécaires appelants avaient un contrôle ou dont ils avaient connaissance, et dont l'assureur n'a pas été avisé?

Vu ma conclusion quant à la première question, je n'examinerai pas la seconde.

IV. Analyse

Des conditions telles la clause hypothécaire sont « le moyen normal par lequel les créanciers hypothécaires assurent leur intérêt dans les biens grevés » : *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, p. 1047. Elles permettent aux créanciers hypothécaires de se « greffer » à l'assurance souscrite par les débiteurs hypothécaires et représentent « le moyen le plus économique, rationnel et juste d'assurer l'intérêt des créanciers hypothécaires » : *Katsikonouris*, p. 1053.

Le libellé de la clause hypothécaire pertinente détermine la portée de la garantie offerte au créancier hypothécaire. Dans *Katsikonouris*, le juge La Forest a conclu que la clause hypothécaire en cause protégeait le créancier hypothécaire contre toute déclaration du débiteur hypothécaire, y compris celle faite avant la souscription de la police. Bien que le juge La Forest ait examiné la question de l'existence d'un contrat indépendant entre l'assureur et le créancier hypothécaire créé par la clause hypothécaire, il est clair que la protection du créancier hypothécaire contre les déclarations contenues dans ce contrat était fondée sur les « termes simples et non techniques » de la clause (p. 1038).

En l'espèce, la clause hypothécaire prévoit que « les sinistres sont payables directement aux créanciers hypothécaires ou à leurs ayants droit ». En soi, cet énoncé indique que les créanciers

Clause, coverage that is subject to all of the terms of the policy.

However, the Mortgage Clause also provides that its terms "shall supersede any policy provisions in conflict therewith BUT ONLY TO THE INTEREST OF THE MORTGAGEE". This means that terms of the policy that conflict with the Mortgage Clause, including exceptions to the mortgagor's coverage, do not affect the mortgagees' coverage.

Statutory Condition Number 4 conflicts with the Mortgage Clause. It therefore cannot be relied on by the Insurer to void the coverage granted to the appellants by the Mortgage Clause.

The conflict arises because Statutory Condition Number 4 would permit the Insurer to void coverage on the basis of a "change material to the risk and within the control and knowledge of the Insured" of which it was not notified. On the assumption that "Insured" means the mortgagor, this right cannot be reconciled with the first paragraph of the Mortgage Clause, which provides that the mortgagees' coverage shall remain in force despite any act of the mortgagor — including, necessarily, an act causing a "change material to the risk" — and that the mortgagee shall pay for any resulting "increase of hazard . . . during the continuance" of coverage.

The situation does not change if one assumes that the reference to "Insured" in Statutory Condition Number 4 captures mortgagees as well as the mortgagor. The aforementioned conflict remains.

The only way the conflict between Statutory Condition Number 4 and the Mortgage Clause is avoided is if the word "Insured" in Statutory Condition Number 4 is read to mean only a

hypothécaires obtiennent, grâce à la clause hypothécaire, une protection assujettie à toutes les conditions de la police.

22 Toutefois, la clause hypothécaire prévoit également que ses conditions « doivent par ailleurs prévaloir en ce qui concerne les intérêts des créanciers hypothécaires contre toutes celles du contrat entrant en conflit avec elles ». Cela signifie que les conditions de la police incompatibles avec la clause hypothécaire, y compris les exceptions à la protection du débiteur hypothécaire, n'affectent pas la protection des créanciers hypothécaires.

23 La condition légale numéro 4 va à l'encontre de la clause hypothécaire. L'assureur ne peut donc pas s'en prévaloir pour annuler la protection que la clause hypothécaire confère aux appelants.

24 Il y a conflit parce que la condition légale numéro 4 permettrait à l'assureur d'annuler la protection pour cause de « changement essentiel pour l'appréciation du risque sur lequel l'Assuré a un contrôle ou dont il a connaissance », et dont l'assureur n'a pas été avisé. Si l'on présume que le mot « assuré » désigne le débiteur hypothécaire, il est impossible de concilier ce droit avec le premier paragraphe de la clause hypothécaire, lequel prévoit que ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires les actes du débiteur hypothécaire — y compris, forcément, un acte entraînant un « changement essentiel pour l'appréciation du risque » — et que le créancier hypothécaire doit acquitter les surprimes afférentes aux « aggravations [. . .] pour la durée du contrat restant à courir ».

25 La situation demeure la même si l'on présume que le terme « assuré » dans la condition légale numéro 4 englobe à la fois les créanciers hypothécaires et le débiteur hypothécaire. Le conflit susmentionné subsiste.

26 La seule façon d'éviter le conflit entre la condition légale numéro 4 et la clause hypothécaire est d'interpréter le mot « assuré » dans la condition légale comme désignant uniquement le créancier

mortgagee, and not the mortgagor. Such a reading is untenable, for two reasons.

27 First, the Mortgage Clause expressly distinguishes a mortgagee from the "Insured". It states:

> In the absence of the Insured, or the inability, refusal or neglect of the Insured to give notice of loss or deliver the required Proof of Loss under the Policy, then the Mortgagee may give the notice upon becoming aware of the loss and deliver as soon as practicable the Proof of Loss.

Such language accords with the policy's declarations page, which refers to the Deeks as "NAMED INSURED", and to the appellants as mortgagees.

28 Second, reading the word "Insured" to mean only a mortgagee where it appears in other parts of the policy leads to absurd results. For instance, the policy provides that it "may be terminated . . . by the Insured at any time on request". If, in relation to that term, "Insured" were read to mean a mortgagee and not the mortgagor, a mortgagee could unilaterally terminate the policy taken out by the mortgagor, while the mortgagor itself could not.

29 There is a further conflict between Statutory Condition Number 4 and the Mortgage Clause raised by the facts of this case. The "change material to the risk" within the control and knowledge of the appellants alleged by the Insurer stems from the Deeks' vacating the insured house. Yet the Mortgage Clause says the appellants' coverage shall remain in force "notwithstanding . . . any vacancy or non-occupancy" attributable to the mortgagor (i.e., the Deeks). Even if Statutory Condition Number 4 did not more generally conflict with the Mortgage Clause, and the Insurer could make out a "change material to the risk" within the control and knowledge of the appellants, it could not rely on that change to void the appellants' coverage insofar as the

hypothécaire, et non le débiteur hypothécaire. Or, une telle interprétation est insoutenable, pour deux raisons.

Premièrement, la clause hypothécaire établit expressément une distinction entre le créancier hypothécaire et « l'assuré » :

> [TRADUCTION] En cas d'absence ou incapacité de l'Assuré, ou s'il refuse ou néglige de présenter les déclarations de sinistre ou formulaires de demandes d'indemnité exigés par le contrat, ces déclarations peuvent être faites par les créanciers hypothécaires dès qu'ils sont au courant des sinistres, les formulaires de demande devant dès lors être produits par eux dans les meilleurs délais.

Ce libellé est conforme aux conditions particulières de la police, où les Deeks sont désignés comme assuré et les appelants, comme créanciers hypothécaires.

Deuxièmement, interpréter le mot « assuré » comme s'entendant uniquement du créancier hypothécaire alors que ce mot figure dans d'autres parties de la police donne lieu à des résultats absurdes. Par exemple, la police prévoit que le contrat [TRADUCTION] « peut être résilié [. . .] par l'Assuré en tout temps [sur production d']une demande à cet effet ». Si, s'agissant de cette condition, on entendait par « assuré » le créancier hypothécaire et non le débiteur hypothécaire, le créancier hypothécaire pourrait unilatéralement résilier la police contractée par le débiteur hypothécaire, alors que ce dernier ne le pourrait pas.

Un autre conflit entre la condition légale numéro 4 et la clause hypothécaire se dégage des faits de la présente espèce. Le « changement essentiel pour l'appréciation du risque » sur lequel les appelants avaient un contrôle ou dont ils avaient connaissance, aux dires de l'assureur, découle du fait que les Deeks ont cessé d'occuper la maison assurée. Or, la clause hypothécaire stipule que ne sont pas opposables aux appelants [TRADUCTION] « la vacance ou l'inoccupation » attribuables aux débiteurs hypothécaires (c'est-à-dire les Deeks). Même si la condition légale numéro 4 n'entrait pas plus généralement en conflit avec la clause hypothécaire et que l'assureur pouvait prouver qu'il y a eu « changement essentiel pour l'appréciation du risque » sur lequel

change related to vacancy or non-occupancy of the insured house. To allow it to do so would defeat the Insurer's promise contained in the Mortgage Clause of continued coverage in the event of a vacancy.

If the Insurer wished to be able to void a mortgagee's coverage in the event of a "change material to the risk" within that mortgagee's control and knowledge of which it was not notified, it should have used clear language to that effect. It cannot expect this Court to contort the Mortgage Clause and Statutory Condition Number 4 in order to fulfill its unreflected, but professedly true, intention.

V. Conclusion

Statutory Condition Number 4 conflicts with the Mortgage Clause and is thus superseded in accordance with the latter's final paragraph. The Insurer cannot rely on it to void the appellants' coverage and deny their claims. The appeal is allowed with costs to the appellants throughout, on a party-and-party basis.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant Royal Bank of Canada: Gowling Lafleur Henderson, Hamilton.

Solicitors for the respondent: Zarek Taylor Grossman Hanrahan, Toronto.

les appelants avaient un contrôle ou dont ils avaient connaissance, il ne pourrait invoquer ce changement pour annuler la protection des appelants dans la mesure où celui-ci concernait la vacance ou l'inoccupation de la maison assurée. Permettre à l'assureur d'agir ainsi irait en effet à l'encontre de son engagement, contenu dans la clause hypothécaire, de maintenir la protection en cas de vacance.

30 Si l'assureur voulait être en mesure d'annuler la protection d'un créancier hypothécaire advenant un « changement essentiel pour l'appréciation du risque » sur lequel ce créancier hypothécaire a un contrôle ou dont il a connaissance, et dont l'assureur n'a pas été avisé, il aurait dû le dire clairement. Il ne peut demander à la Cour de déformer la clause hypothécaire et la condition légale numéro 4 afin de donner suite à son intention non manifeste, si véritable soit-elle.

V. Conclusion

31 Vu l'incompatibilité de la condition légale numéro 4 avec la clause hypothécaire, celle-ci doit prévaloir conformément à son dernier paragraphe. L'assureur ne peut l'invoquer pour annuler la protection des appelants et refuser de les indemniser. Le pourvoi est accueilli avec dépens partie-partie en faveur des appelants dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante Banque Royale du Canada : Gowling Lafleur Henderson, Hamilton.

Procureurs de l'intimée : Zarek Taylor Grossman Hanrahan, Toronto.

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
http://publication.gc.ca

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
http://publication.gc.ca

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 5, 2005 Vol. 1

and Tables

Cited as [2005] 1 S.C.R. { i-liv 791-931

5e cahier, 2005 Vol. 1

et Tables

Renvoi [2005] 1 R.C.S. { i-liv 791-931

LIBRARY - SUPREME COURT OF CANADA
BIBLIOTHÈQUE - COUR SUPRÊME DU CANADA

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2005.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2005.

CONTENTS

Title Page i

List of Judges ii

Errata iv

Motions v

Table of Judgments xix

Table of Cases Cited xxiii

Statutes and Regulations Cited xxxix

Treaties and Other International Instruments xliii

Authors Cited xlvii

Index 917

Chaoulli *v.* Quebec (Attorney General) 791

Human rights — Right to life and to personal inviolability — Waiting times in public health system — Provincial legislation prohibiting Quebec residents from taking out insurance to obtain in private sector health care services already available under Quebec's public health care plan — Prohibition depriving Quebec residents of access to private health care services not coming with waiting times inherent in public system — Whether prohibition infringing rights to life and to personal inviolability guaranteed by s. 1 of Charter of Human Rights and Freedoms — If so, whether infringement can be justified under s. 9.1 of Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 9.1 — Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29, s. 15 — Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28, s. 11.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Waiting times in public health system — Provincial legislation prohibiting Quebec residents from taking out insurance to obtain in private sector health care services already available under Quebec's public health care plan — Prohibition depriving Quebec residents of access to private health care services not coming with waiting times inherent in public system — Whether prohibition constituting deprivation of rights to life, liberty and security of person guaranteed by s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms and, if so, whether deprivation in accordance with principles of fundamental justice — If there violation, whether it can be justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29, s. 15 — Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28, s. 11.

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i

Liste des juges iii

Errata iv

Requêtes v

Table des jugements xxi

Table de la jurisprudence xxiii

Lois et règlements cités xli

Traités et autres instruments internationaux xlv

Doctrine citée xlvii

Index 925

Chaoulli *c.* Québec (Procureur général) 791

Droits de la personne — Droit à la vie et à l'intégrité de la personne — Délais d'attente du système de santé public — Dispositions provinciales prohibant aux résidents du Québec de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services de santé déjà dispensés par le régime de santé public québécois — Prohibition empêchant les résidents du Québec d'avoir accès à des soins de santé privés qui ne sont pas assujettis aux délais d'attente inhérents au régime public — La prohibition porte-t-elle atteinte aux droits à la vie et à l'intégrité de la personne garantis par l'art. 1 de la Charte des droits et libertés de la personne? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable au regard de l'art. 9.1 de la Charte? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 9.1 — Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29, art. 15 — Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28, art. 11.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Délais d'attente du système de santé public — Dispositions provinciales prohibant aux résidents du Québec de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services de santé déjà dispensés par le régime de santé public québécois — Prohibition empêchant les résidents du Québec d'avoir accès à des soins de santé privés qui ne sont pas assujettis aux délais d'attente inhérents au régime public — La prohibition porte-t-elle atteinte aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et liberté et, dans l'affirmative, cette atteinte est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? — S'il y a contravention, est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Loi

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. *v.* Stender **914**

Criminal law — Sexual assault — Consent.

SOMMAIRE (Fin)

sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29, art. 15 — Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28, art. 11.

R. *c.* Stender **914**

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement.

2005 Volume 1

Canada Supreme Court Reports
Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA © SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA
OTTAWA, 2005

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable LOUISE CHARRON

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUIS LEBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable LOUISE CHARRON

ERRATA

[2002] 4 S.C.R., p. 59, para. 2, line 13 of the French version. Read "comparable au nôtre ou à celui d'un autre pays" instead of "comparable au nôtre où à celui d'un autre pays".

[2002] 4 S.C.R., p. 66, para. 18, line 1 of the French version. Read "parce qu'une chose" instead of "parce ce qu'une chose".

[2004] 3 S.C.R., p. 302, para. 43, line 18 of the English version. Delete "[Emphasis in original.]".

[2004] 3 S.C.R., p. 302, para. 43, line 20 of the French version. Delete "[En italique dans l'original.]".

[2004] 3 S.C.R., p. 488, para. 57, line 20 of the French version. Read "l'obligation de diligence, le lien de causalité et les dommages" instead of "l'obligation de diligence et les dommages".

[1999] 3 S.C.R., p. 548, para. 19, line 5 of the English version. Read "types of resources" instead of "types of the resources".

[2002] 4 R.C.S., p. 59, par. 2, ligne 13 de la version française. Lire « comparable au nôtre ou à celui d'un autre pays » au lieu de « comparable au nôtre où à celui d'un autre pays ».

[2002] 4 R.C.S., p. 66, par. 18, 1re ligne de la version française. Lire « parce qu'une chose » au lieu de « parce ce qu'une chose ».

[2004] 3 R.C.S., p. 302, par. 43, ligne 18 de la version anglaise. Supprimer « [Emphasis in original.] ».

[2004] 3 R.C.S., p. 302, par. 43, ligne 20 de la version française. Supprimer « [En italique dans l'original.] ».

[2004] 3 R.C.S., p. 488, par. 57, ligne 20 de la version française. Lire « l'obligation de diligence, le lien de causalité et les dommages » au lieu de « l'obligation de diligence et les dommages ».

[1999] 3 R.C.S., p. 548, par. 19, ligne 5 de la version anglaise. Lire « types of resources » au lieu de « types of the resources ».

MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to June 10, 2005 – 1er janvier au 10 juin 2005)

2016596 Ontario Inc. v. Minister of Natural Resources (Ont.), 30560, leave to appeal refused with costs, 7.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

3460096 Canada Inc. v. Paris Glove of Canada Ltd. (Que.), 30606, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

410727 B.C. Ltd. v. Dayhu Investments Ltd. (B.C.), 30543, leave to appeal refused with costs, 10.2.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Abattoir Saint-Alexandre (1982) Inc. c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 (Qué.), 30598, leave to appeal refused with costs, 24.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Aboud c. Eplus Technology Inc. (Qué.), 30804, leave to appeal refused with costs, 19.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Abraham v. United Laboratories Inc. (Ont.), 30526, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Aéroports de Montréal v. Newcourt Credit Group (Alberta) Inc. (Que.), 30740, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.5.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Aéroports de Montréal v. Newcourt Credit Group (Alberta) Inc. (Que.), 30742, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.5.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Aéroports de Montréal v. Wilmington Trust Company (Que.), 30738, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.5.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Aerotech Herman Nelson Inc. v. Kellog Brown & Root Inc. (Man.), 30448, leave to appeal refused with costs, 17.2.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Alliance professionnelle des infirmières et infirmiers auxiliares du Québec c. Hôpital Jean-Talon (Qué.), 30497, leave to appeal refused with costs, 20.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Amex Bank of Canada v. Attorney General of Quebec (Que.), 30655, leave to appeal refused with costs, 10.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Amherst Crane Rentals Limited v. Perring (Ont.), 30507, leave to appeal refused with costs, 3.2.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Anani v. Ismail (B.C.), 30494, leave to appeal refused with costs, 27.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Anani v. Uniglobe Travel (Western Canada) Inc. (B.C.), 30734, leave to appeal refused with costs, 9.6.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Anani v. Uniglobe Travel (Western Canada) Inc. (B.C.), 30873, leave to appeal refused with costs, 9.6.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Andres v. The Queen (Alta.) (Crim.), 30622, leave to appeal refused, 31.3.05, autorisation d'appel refusée.

Apotex Inc. v. AB Hassle (F.C.), 30716, leave to appeal refused with costs, 21.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Apotex Inc. v. Minister of Health (Ont.), 30727, leave to appeal refused with costs, 19.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Aristocrat v. Aristocrat (Ont.), 28906, leave to appeal refused, 19.5.05, autorisation d'appel refusée.

Arthur c. Gillet (Qué.), 30769, leave to appeal refused with costs, 28.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Assaf v. Estate of Edward Assaf, deceased, by its Executor, Robert Bosada (Ont.), 30579, leave to appeal refused, 6.1.05, autorisation d'appel refusée.

Astrazeneca AB v. Apotex Inc. (F.C.), 30501, leave to appeal refused with costs, 27.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Attorney General of Canada v. Cloud (Ont.), 30759, leave to appeal refused with costs, 12.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Attorney General of Nova Scotia v. Connolly (N.S.), 30617, leave to appeal refused with costs, 24.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Attorney General of Nova Scotia v. Smith (N.S.), 30616, leave to appeal refused with costs, 24.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Baldino c. Sabar (Qué.), 30549, leave to appeal refused, 20.1.05, autorisation d'appel refusée.

Bank of Montreal v. Attorney General of Quebec (Que.), 30645, leave to appeal refused with costs, 10.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bank of Montreal v. Collum (B.C.), 30527, leave to appeal refused with costs, 3.2.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Procureur général du Québec (Qué.), 30646, leave to appeal refused with costs, 10.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Banque Laurentienne du Canada c. Procureur général du Québec (Qué.), 30650, leave to appeal refused with costs, 10.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Banque Toronto-Dominion c. Procureur général du Québec (Qué.), 30651, leave to appeal refused with costs, 10.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Baugh v. Faculty Association of Red Deer College (Alta.), 30474, leave to appeal refused with costs, 6.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bayer AG v. Apotex Inc. (F.C.), 30535, leave to appeal refused with costs, 20.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Belz v. Rogacki (Ont.), 30593, leave to appeal refused with costs, 24.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bigos v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30428, leave to appeal refused, 10.2.05, autorisation d'appel refusée.

Blanchette c. Corporation Crédit Trans Canada (Qué.), 30765, leave to appeal refused with costs, 5.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bonin v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30624, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

Bouliane c. Procureur général du Québec (Qué.), 30401, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bourgault c. Ville de Sherbrooke (Qué.), 30654, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bouzari v. Attorney General of Canada (Ont.), 30523, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

Brault c. Sous-ministre du Revenu du Québec (Qué.), 30760, leave to appeal refused with costs, 21.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services v. Minister of Public Works and Government Services (F.C.), 30486, leave to appeal refused with costs, 20.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bulani Agro Inc. v. Imperial Oil (Sask.), 30666, leave to appeal refused with costs, 7.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

C.B.M. v. The Queen (Alta.) (Crim.), 30500, leave to appeal refused, 20.1.05, autorisation d'appel refusée.

Cairns v. The Queen (B.C.) (Crim.), 30689, leave to appeal refused, 3.3.05, autorisation d'appel refusée.

Canada Post Corporation v. Minister of Public Works and Government Services Canada (F.C.), 30599, leave to appeal refused with costs, 17.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Canada Post Corporation v. Minister of Public Works and Government Services Canada (F.C.), 30797, leave to appeal refused with costs, 19.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Canadian Bearings Ltd. v. Celanese Canada Inc. (Ont.), 30652, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 21.4.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.

Canadian Microtunnelling Ltd. v. Corporation of The City of Toronto (Ont.), 30758, leave to appeal refused with costs, 19.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Canutilities Holdings Ltd. v. The Queen (F.C.), 30492, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Case Enterprises Ltd. v. MacDonald Paving & Construction (1991) Ltd. (N.B.), 30833, leave to appeal refused with costs, 9.6.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Castillo v. Castillo (Alta.), 30534, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 20.1.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Ceridwen Lloyd Miller v. The Government of British Columbia (B.C.), 30673, leave to appeal refused, 31.3.05, autorisation d'appel refusée.

Chamberlain v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30819, leave to appeal refused, 19.5.05, autorisation d'appel refusée.

Chapelstone Developments v. The Queen in Right of Canada (N.B.), 30747, leave to appeal refused, 5.5.05, autorisation d'appel refusée.

Charlebois c. Ville de Saint-Jean (N.-B.), 30467, leave to appeal granted, 20.1.05, autorisation d'appel accordée.

Charlottetown Airport Authority Inc. v. CCG Trust Corporation (Que.), 30751, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.5.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Chase Keller, by his next friend Arlene Keller v. Penkoske (Alta.), 30572, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Chief Allan Apsassin v. The British Columbia Oil and Gas Commission (B.C.), 30463, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Childs v. Desormeaux (Ont.), 30472, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 17.2.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.

Chisholm v. Municipality of the County of Inverness (N.S.), 30784, leave to appeal refused with costs, 19.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Chutskoff v. Mary Waterhouse as executrix for the estate of Angeline Ruskin (Sask.), 30563, leave to appeal refused, 21.4.05, autorisation d'appel refusée.

College of Physicians and Surgeons of British Columbia v. McClelland (B.C.), 30595, leave to appeal refused with costs, 24.2.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Colville v. The Queen (Alta.) (Crim.), 30559, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

Comeau v. Pole (N.B.), 30639, leave to appeal refused with costs, 3.2.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Compagnie d'assurances Standard Life c. Cinémas Famous Players Inc. (Qué.), 30773, leave to appeal refused with costs, 5.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Conquest Vacations Company v. T-Comm/A Travel Communication Association Inc. (Ont.), 30704, leave to appeal refused with costs, 7.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Conway c. La Reine (Qué.) (Crim.), 30357, leave to appeal refused, 6.1.05, autorisation d'appel refusée.

Corporation of the City of Kingston v. The Queen (Ont.), 30452, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

Corporation of the City of Surrey v. Canada Safeway Limited (B.C.), 30696, leave to appeal refused with costs, 19.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Corporation Sun Media c. Société de transport de Montréal (Qué.), 30532, leave to appeal refused with costs, 17.2.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Côté c. Commission administrative des régimes de retraite et d'assurances (Qué.), 30515, leave to appeal refused with costs, 17.2.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Cousineau v. Perrier (Ont.), 30694, leave to appeal refused with costs, 5.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Crestwood Lake Limited v. Pizzey (Ont.), 30576, leave to appeal refused with costs, 24.2.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Cross v. Madore (Que.), 30699, leave to appeal refused, 5.5.05, autorisation d'appel refusée.

D.A.S. v. Canada Employment Insurance Commission (F.C.), 30757, notice of discontinuance filed, 10.5.05, avis de désistement produit.

D.L. c. A.L. (Qué.), 30607, leave to appeal refused with costs, 13.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Dadgar c. La Reine (Qué.) (Crim.), 30783, leave to appeal refused, 21.4.05, autorisation d'appel refusée.

de Araujo v. Read (B.C.), 30450, leave to appeal refused with costs, 13.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Deschênes c. La Reine (Qué.) (Crim.), 30637, leave to appeal refused, 31.3.05, autorisation d'appel refusée.

Descôteaux c. Groupe communautaire l'Itinéraire (Qué.), 30566, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

Descôteaux c. La Presse Limitée (Qué.), 30568, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

Désilets c. Ministre de la Justice du Canada (Qué.) (Crim.), 30793, notice of discontinuance filed, 7.4.05, avis de désistement produit.

Développements de Normandie Inc. c. Delorme (Qué.), 30476, leave to appeal refused with costs, 6.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

DeWolf Shaw c. Vignola (Qué.), 30675, leave to appeal refused with costs, 10.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Diocese of Toronto Camps (Anglican Church of Canada) v. Municipal Property Assessment Corporation (Ont.), 30697, leave to appeal refused with costs, 19.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Divito c. Ministre de la Justice du Canada (Qué.) (Crim.), 30679, leave to appeal refused, 5.5.05, autorisation d'appel refusée.

Dodier c. 2436-8094 Québec Inc. (Qué.), 30413, leave to appeal refused with costs, 13.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Dow Chemical of Canada Limited v. Plas-Tex Canada Ltd. (Alta.), 30657, leave to appeal refused with costs, 28.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Dowling v. Workplace Safety and Insurance Board (Ont.), 30737, leave to appeal refused with costs, 19.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Druker & Associés Inc. c. Les Holdings Marine Ltée (Qué.), 30630, leave to appeal refused with costs, 21.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Duddle v. City of Vernon (B.C.), 30552, leave to appeal refused with costs, 27.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Duguay c. Théberge (Qué.), 30692, notice of discontinuance filed, 30.3.05, avis de désistement produit.

Duhamel c. La Reine (Qué.) (Crim.), 30518, leave to appeal refused, 13.1.05, autorisation d'appel refusée.

Durand c. Société de l'assurance automobile du Québec (Qué.), 30628, leave to appeal refused, 17.2.05, autorisation d'appel refusée.

Edell v. Paul Sitzer in all of his capacities (Ont.), 30485, leave to appeal refused with costs, 13.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Eli Lilly and Company v. Apotex Inc. (F.C.), 30693, leave to appeal refused with costs, 10.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Fils-Aimé c. Ville de Montréal (Qué.), 30674, leave to appeal refused with costs, 21.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Fitzgerald v. The Queen in Right of Alberta (Alta.), 30453, leave to appeal refused with costs, 6.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Agence canadienne de l'inspection des aliments (C.F.), 30545, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 17.2.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.

Fournier v. Attorney General of Canada (F.C.), 30636, leave to appeal refused with costs, 24.2.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Froom v. The Minister of Justice (F.C.), 30686, leave to appeal refused with costs, 17.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Furtak v. Valgardson (Man.), 30603, leave to appeal refused, 10.2.05, autorisation d'appel refusée.

Gadoury c. Procureur général du Canada (C.F.), 30815, leave to appeal refused with costs, 9.6.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gallant v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission of New Brunswick (N.B.), 30735, leave to appeal refused with costs, 28.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gardypie v. Attorney General of Canada (Sask.), 30540, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gauthier v. Toronto Star Newspapers Limited (Ont.), 30525, leave to appeal refused with costs, 27.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

General Motors of Canada Ltd. v. The Queen (F.C.), 30668, leave to appeal refused with costs, 19.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Genpharm Inc. v. AB Hassle (F.C.), 30715, leave to appeal refused with costs, 21.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Genpharm Inc. v. Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. (F.C.), 30714, leave to appeal refused with costs, 21.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gilles c. La Reine (Qué.) (Crim.), 30539, leave to appeal refused, 6.1.05, autorisation d'appel refusée.

Golzarian c. Procureur général du Québec (Qué.), 30618, leave to appeal refused, 3.2.05, autorisation d'appel refusée.

Graham v. Bonnycastle (Alta.), 30626, leave to appeal refused with costs, 14.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Greater Toronto Airports Authority v. Newcourt Credit Group (Alberta) Inc. (Que.), 30745, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.5.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Greater Toronto Airports Authority v. Renaissance Leasing Corporation (Que.), 30743, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.5.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Greaves v. The Queen (B.C.) (Crim.), 30627, leave to appeal refused, 3.3.05, autorisation d'appel refusée.

Greenberg v. Gruber (Que.), 30495, leave to appeal refused with costs, 20.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Greenhalgh v. ING Halifax Insurance Company (Ont.), 30582, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Grinshpun v. The Queen (B.C.) (Crim.), 30700, leave to appeal refused, 31.3.05, autorisation d'appel refusée.

Groupe Guzzo Construction Inc. c. Ville de Laval (Qué.), 30767, leave to appeal refused with costs, 19.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Grouse v. The Queen (N.S.) (Crim.), 30601, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

Gurofsky v. Fanshawe College of Applied Arts and Technology (Ont.), 30536, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gurofsky v. Ontario Human Rights Commission (Ont.), 30541, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

H.A. Davis Transport Ltd. v. Valmet Paper Machinery Inc. (B.C.), 30660, notice of discontinuance filed, 26.4.05, avis de désistement produit.

Halifax Employers Association v. Halifax Longshoremen's Association, ILA Local 269 (N.S.), 30589, leave to appeal refused with costs, 24.2.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Halifax Insurance Company of Canada v. Innopex Limited (Ont.), 30671, leave to appeal refused with costs, 28.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Halton Condominium Corporation No. 242 v. Law Development Group (Georgetown) Limited (Ont.), 30537, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hass v. Jetex Investments Inc. (Ont.), 30687, leave to appeal refused, 10.3.05, autorisation d'appel refusée.

Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. The Queen in Right of the Province of British Columbia (B.C.), 30554, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 21.4.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Hernandez c. La Reine (Qué.) (Crim.), 30640, leave to appeal refused, 21.4.05, autorisation d'appel refusée.

Hrtschan c. Ville de Montréal aux droits, obligations et charges de Ville Mont-Royal (Qué.), 30354, leave to appeal refused with costs, 6.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ice Consultants Inc. v. Microvoice Applications, Inc. (Ont.), 30748, leave to appeal refused with costs, 19.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ikon Office Solutions Inc. v. KKBL No. 297 Ventures Ltd. (B.C.), 30633, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Inter-Church Uranium Committee Educational Co-Operative v. Atomic Energy Control Board (F.C.), 30510, leave to appeal refused with costs, 24.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

J.C.G. c. La Reine (Qué.) (Crim.), 30562, leave to appeal refused, 31.3.05, autorisation d'appel refusée.

Jacques Benquesus v. Proskauer, Rose, LLP (Ont.), 30818, leave to appeal refused with costs, 2.6.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Company of Canada (Ont.), 30709, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.5.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.

Jobin c. Procureur général du Canada (C.F.), 30718, leave to appeal refused with costs, 5.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Johnson v. The Queen (N.S.) (Crim.), 30556, leave to appeal refused, 13.1.05, autorisation d'appel refusée.

Johnson v. The Queen in Right of the Province of Alberta (Alta.), 30766, leave to appeal refused with costs, 19.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jolicoeur c. Dussault (Qué.), 30678, leave to appeal refused with costs, 24.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Kassissia c. Centre hospitalier de la région de l'Amiante (Qué.), 30635, leave to appeal refused with costs, 10.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Kennedy v. Jackiewicz (Ont.), 30756, leave to appeal refused with costs, 28.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Khalid v. Lépine (Que.), 30610, notice of discontinuance filed, 25.2.05, avis de désistement produit.

Kieran v. Ingram Micro Inc. (Ont.), 30538, leave to appeal refused with costs, 27.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Klundert v. The Queen (Ont.), 30578, leave to appeal refused, 24.3.05, autorisation d'appel refusée.

Kodiak Construction Ltd. v. Mugford (Alta.), 30446, leave to appeal refused with costs, 6.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Koppang v. The Queen (Alta.) (Crim.), 30770, leave to appeal refused, 9.5.05, autorisation d'appel refusée.

Laing v. Johnson (B.C.), 30754, leave to appeal refused with costs, 2.6.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Laroche c. La Reine (Qué.) (Crim.), 30491, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

Lavoie c. Bon L Canada inc. (Qué.), 30583, leave to appeal refused with costs, 3.2.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Leskun v. Leskun (B.C.), 30548, leave to appeal granted with costs to follow, 20.1.05, autorisation d'appel accordée avec frais à suivre.

Li v. Minister of Citizenship and Immigration (F.C.), 30803, leave to appeal refused with costs, 5.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Liang v. The Queen (N.B.) (Crim.), 30587, leave to appeal refused, 31.3.05, autorisation d'appel refusée.

Lincoln v. Bay Ferries Ltd. (F.C.), 30482, leave to appeal refused with costs, 6.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Loba Limited v. Minister of National Revenue (F.C.), 30664, leave to appeal refused with costs, 7.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Louise Helen Hockey-Sweeney, by her Litigation Guardian, the Public Guardian and Trustee v. Sweeney (Ont.), 30707, leave to appeal refused with costs, 14.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Luc v. The Queen (Sask.) (Crim.), 30600, leave to appeal refused, 14.4.05, autorisation d'appel refusée.

Luffer v. H.H. Davis & Associés Inc. (Que.), 30608, leave to appeal refused with costs, 20.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

M.A. v. Attorney General of Canada (Sask.), 29686, leave to appeal refused with costs, 5.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

M.W.F. v. The Queen (B.C.) (Crim.), 30575, leave to appeal refused, 3.3.05, autorisation d'appel refusée.

MacDonald v. McGrath (N.S.), 30676, leave to appeal refused with costs, 28.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

MacDonald v. Workers' Compensation Board of Nova Scotia (N.S.), 30786, leave to appeal refused, 19.5.05, autorisation d'appel refusée.

MacKay v. The Queen (Sask.) (Crim.), 30643, leave to appeal granted, 21.4.05, autorisation d'appel accordée.

Mackenzie c. La Reine (N.-É.) (Crim.), 30359, leave to appeal refused, 3.2.05, autorisation d'appel refusée.

Main Rehabilitation Co. Ltd. v. The Queen (F.C.), 30739, leave to appeal refused with costs, 5.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Maniatakos c. Morin (Qué.), 30691, leave to appeal refused with costs, 10.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Mariani v. Lemstra (Ont.), 30465, leave to appeal refused with costs, 13.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Marler v. Boudreau (Ont.), 30405, leave to appeal refused with costs, 13.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Marler v. Platt (Ont.), 30404, leave to appeal refused with costs, 13.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc. (F.C.), 30839, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 26.5.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Mazzei v. Director of Adult Forensic Psychiatric Services (B.C.) (Crim.), 30415, leave to appeal granted, 20.1.05, autorisation d'appel accordée.

MBNA Canada Bank v. Attorney General of Quebec (Que.), 30647, leave to appeal refused with costs, 10.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

McLaughlin v. Air Canada (Ont.), 29776, leave to appeal refused, 24.3.05, autorisation d'appel refusée.

McParland v. McParland (Ont.), 30625, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

Millar v. Green (B.C.), 30728, leave to appeal refused with costs, 19.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Millette c. Lefort Vigeant (Qué.), 30667, leave to appeal refused with costs, 31.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Minister of Justice v. Blank (F.C.), 30553, leave to appeal granted, 21.4.05, autorisation d'appel accordée.

Minister of Health and Long-Term Care of Ontario v. Mitchinson (Ont.), 30802, leave to appeal refused, 19.5.05, autorisation d'appel refusée.

Minister responsible for Alberta Human Resources and Employment v. Director of the Human Rights and Citizenship Commission (Alta.), 30449, leave to appeal refused, 20.1.05, autorisation d'appel refusée.

Monit International Inc. c. La Reine (C.F.), 30653, leave to appeal refused with costs, 21.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Montreal Trust Company v. The Long Riders Rig Corporation (Sask.), 30596, leave to appeal refused with costs, 21.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Mooney v. The Attorney General of Canada (B.C.), 30546, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Morel c. Société canadienne des postes (Qué.), 30586, leave to appeal refused with costs, 3.2.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Morrisson v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30573, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

Mosher v. Minister of Natural Resources (Ont.), 30569, leave to appeal refused with costs, 6.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Nanaimo Immigrant Settlement Society v. The Queen in Right of the Province of British Columbia (B.C.), 30542, leave to appeal refused with costs, 10.2.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

National Bank of Canada v. Attorney General of Quebec (Que.), 30648, leave to appeal refused with costs, 10.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

NAV Canada v. G.I.E. Avions de transport régional (Que.), 30730, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.5.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

NAV Canada v. Inter-Canadian (1991) Inc. (Que.), 30731, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.5.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

NAV Canada v. Inter-Canadian (1991) Inc. (Que.), 30732, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.5.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

NAV Canada v. International Lease Finance Corporation (Ont.), 30214, leave to appeal granted with costs, 19.5.05, autorisation d'appel accordée avec avec dépens.

NAV Canada v. Wilmington Trust Company (Que.), 30729, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.5.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Neighbourhoods of Cornell Inc. v. 1440106 Ontario Inc. (Ont.), 30513, leave to appeal refused with costs, 13.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

NLK-Celpac Canada (Montreal) Inc. c. Canadian Industrial Risks Insurers (Qué.), 30688, leave to appeal refused with costs, 21.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Nova Scotia Human Rights Commission v. Play It Again Sports Ltd. (N.S.), 30690, leave to appeal refused, 28.4.05, autorisation d'appel refusée.

Ontario (Minister of Finance) v. Placer Dome Canada Limited (Ont.), 30580, leave to appeal granted, 21.4.05, autorisation d'appel accordée.

Ontario Provincial Police v. Favretto (Ont.), 30683, leave to appeal refused with costs, 28.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ortega v. 1005640 Ontario Inc. (Ont.), 30489, leave to appeal refused with costs, 24.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority v. Wilmington Trust Company (Que.), 30749, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.5.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Paquet c. La Reine (C.F.), 30710, leave to appeal refused with costs, 21.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Paquet c. Tardif (Qué.), 30457, leave to appeal refused with costs, 6.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Paré c. Sous-ministre du revenu du Québec (Qué.), 30658, leave to appeal refused with costs, 21.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Peace v. Attorney General of Canada (F.C.), 30287, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

Penney v. Melissa Crawford, by her Litigation Guardian Jeanette Crawford (Ont.), 30602, leave to appeal refused with costs, 27.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Placements Mane Ltée c. La Seigneurie de St-Émile Inc. (Qué.), 30661, leave to appeal refused with costs, 10.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Plagaro Perez De Arrilucea c. Le Royaume d'Espagne (Qué.) (Crim.), 30665, leave to appeal refused, 21.4.05, autorisation d'appel refusée.

Plamondon v. Czaban (Alta.), 30455, leave to appeal refused with costs, 13.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Pontbriand c. La Reine (Qué.) (Crim.), 30528, leave to appeal refused, 3.3.05, autorisation d'appel refusée.

Première Électronique Plus Inc. c. Procureur général du Québec (Qué.), 30682, leave to appeal refused, 10.3.05, autorisation d'appel refusée.

Procureur général du Canada c. J.T.I. Macdonald Corp. (Qué.), 30611, leave to appeal refused with costs, 27.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc. (Ont.), 30529, leave to appeal granted, 17.3.05, autorisation d'appel accordée.

Projets Lauphi Inc. c. Procureur général du Québec (Qué.), 30397, leave to appeal refused, 6.1.05, autorisation d'appel refusée.

Proulx c. Alary (Qué.), 30574, leave to appeal refused with costs, 13.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Province du Nouveau-Brunswick c. MacFarlane (N.-B.), 30522, leave to appeal refused with costs, 27.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

R. v. Angelillo (Qué.) (Crim.), 30681, leave to appeal granted, 21.4.05, autorisation d'appel accordée.

R. v. Coultice (Ont.) (Crim.), 30459, leave to appeal refused, 20.1.05, autorisation d'appel refusée.

R. v. Czibulka (Ont.) (Crim.), 30621, leave to appeal refused, 19.5.05, autorisation d'appel refusée.

R. v. Dore (Ont.) (Crim.), 30641, leave to appeal refused, 3.3.05, autorisation d'appel refusée.

R. v. Imperial Oil Limited (F.C.), 30695, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.5.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

R. v. Lavigne (Qué.) (Crim.), 30508, leave to appeal granted, 17.2.05, autorisation d'appel accordée.

R. v. MacKay (N.B.) (Crim.), 30557, leave to appeal granted, 17.3.05, autorisation d'appel accordée.

R. v. Maharaj (Ont.) (Crim.), 30456, leave to appeal refused, 3.3.05, autorisation d'appel refusée.

R. v. Pollock (Ont.) (Crim.), 30520, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

R. v. Ritter (Alta.) (Crim.), 30799, leave to appeal refused with costs, 19.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

R. v. S.J.D. (Ont.) (Crim.), 30480, leave to appeal refused, 3.3.05, autorisation d'appel refusée.

R. v. Sauvé (Ont.) (Crim.), 30364, leave to appeal refused, 6.1.05, autorisation d'appel refusée.

R. v. Sheridan (Ont.) (Crim.), 30663, leave to appeal refused, 3.3.05, autorisation d'appel refusée.

R. v. Trochym (Ont.) (Crim.), 30717, leave to appeal granted, 19.5.05, autorisation d'appel accordée.

R. v. Williams (B.C.) (Crim.), 30662, leave to appeal refused, 19.5.05, autorisation d'appel refusée.

R.D.M. v. The Queen (Sask.) (Crim.), 30496, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

Racicot c. La Reine (Qué.) (Crim.), 30787, leave to appeal refused, 28.4.05, autorisation d'appel refusée.

Rainal v. City of Toronto (Ont.), 30592, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

Red Carpet Inns Limited v. The Queen in Right of Ontario (Ont.), 30530, leave to appeal refused with costs, 27.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Regional Municipality of Halifax v. David (N.S.), 30719, leave to appeal refused with costs, 28.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Regroupement des marchands actionnaires Inc. v. Métro Inc. (Que.), 30677, leave to appeal refused with costs, 21.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ricci v. The Queen (Ont.), 30684, leave to appeal refused, 24.3.05, autorisation d'appel refusée.

Robertson v. Thomson Corporation (Ont.), 30644, leave to appeal granted with costs, 21.4.05, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Rogers Communications Incorporated v. Buschau (B.C.), 30462, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 17.2.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Royal Bank of Canada v. Attorney General of Quebec (Que.), 30649, leave to appeal refused with costs, 10.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

S.B. c. Maynard (Qué.), 30558, leave to appeal refused with costs, 24.2.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

S.G.H. v. Board of Trustees of Calgary School District 19 (Alta.), 30493, leave to appeal refused with costs, 20.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Schneider c. La Reine (N.-É.) (Crim.), 30620, leave to appeal refused, 21.4.05, autorisation d'appel refusée.

Seifert v. Minister of Citizenship and Immigration (F.C.), 30685, leave to appeal refused with costs, 21.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Serendip Physiotherapy Clinic v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30706, leave to appeal refused, 17.3.05, autorisation d'appel refusée.

Shaw v. BCE Inc. (Ont.), 30544, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sneddon v. British Columbia Hydro and Power Authority (B.C.), 30487, leave to appeal refused with costs, 13.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Société canadienne de métaux Reynolds, Limitée v. Deputy Minister of Revenue of Quebec (Que.), 30511, leave to appeal refused with costs, 20.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sokolowska v. The Queen (F.C.), 30631, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

St-John's International Airport Authority v. Newcourt Credit Group (Alberta) Inc. (Que.), 30750, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.5.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

St. Anthony Seafoods Limited Partnership v. The Queen in Right of Newfoundland and Labrador (N.L.), 30669, leave to appeal refused with costs, 17.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Stabile v. Milani (Ont.), 30594, leave to appeal refused with costs, 7.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Stellarbridge Management Inc. v. Magna International (Canada) Inc. (Ont.), 30475, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

Stene v. Thomson (Ont.), 30509, leave to appeal refused with costs, 31.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Stewart v. United States of America (Ont.) (Crim.), 30326, notice of discontinuance filed, 7.2.05, avis de désistement produit.

Streisfield v. Goodman (Ont.), 30471, leave to appeal refused with costs, 6.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sullivan v. Durham Regional Police Services Board (Ont.), 30768, leave to appeal refused with costs, 28.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sun Life Assurance Company of Canada v. Fidler (B.C.), 30464, leave to appeal granted, 20.1.05, autorisation d'appel accordée.

Susin v. Chapman (Ont.), 30565, leave to appeal refused with costs, 6.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sutcliffe v. Minister of the Environment (Ontario) (Ont.), 30590, leave to appeal refused with costs, 10.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ville d'Asbestos c. Association des policiers et pompiers municipaux d'Asbestos Inc. (Qué.), 30725, leave to appeal refused with costs, 21.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Synchronics v. Synchronics, Incorporated (F.C.), 30612, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Szabo c. La Reine (Qué.) (Crim.), 30585, leave to appeal refused, 24.3.05, autorisation d'appel refusée.

Talock v. The Queen (Sask.) (Crim.), 30043, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

Teck Corporation v. The Queen in Right of the Province of British Columbia (B.C.), 30659, leave to appeal refused with costs, 28.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Telus Communications Inc. v. Delta Cable Communications Ltd. (F.C.), 30698, leave to appeal refused with costs, 28.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tessler v. Kagal (Ont.), 30629, leave to appeal refused with costs, 7.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

The Queen in Right of Ontario v. Granite Power Corporation (Ont.), 30521, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Torchia v. Royal & SunAlliance Insurance Company of Canada (Ont.), 30577, leave to appeal refused with costs, 3.2.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Town of Grand Rapids v. Graham (Man.), 30656, leave to appeal refused with costs, 17.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tranchemontagne v. Director of the Ontario Disability Support Program of the Ministry of Community, Family and Children's Services (Ont.), 30615, leave to appeal granted, 17.3.05, autorisation d'appel accordée.

Tremblay c. Feu André Charest (Qué.), 30123, leave to appeal refused with costs, 9.6.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tremblay v. The Queen (Alta.) (Crim.), 30466, leave to appeal refused, 21.4.05, autorisation d'appel refusée.

Union des producteurs agricoles c. La municipalité régionale de comté (MRC) du Bas-Richelieu (Qué.), 30609, leave to appeal refused with costs, 3.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

United Food and Commercial Workers, Local 1400 v. Westfair Foods Ltd. (Sask.), 30634, leave to appeal refused with costs, 21.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

United Nurses of Alberta, Local 33 v. Capital Health Authority (Alta.), 30774, leave to appeal refused with costs, 19.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

United Utility Workers Association of Canada v. TransAlta Corporation (Alta.), 30503, leave to appeal refused with costs, 27.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Via Rail Canada Inc. v. Cairns (F.C.), 30436, leave to appeal refused with costs, 20.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ville de Québec c. Beaurivage (Qué.), 30351, leave to appeal refused with costs, 13.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

W.H. Stuart Mutuals Ltd. v. London Guarantee Insurance Co. (Ont.), 30796, leave to appeal refused with costs, 5.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

W.S. v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30672, leave to appeal refused, 28.4.05, autorisation d'appel refusée.

Wal-Mart Canada Corp. v. United Food and Commercial Workers, Local 1400 (Sask.), 30712, leave to appeal refused with costs, 7.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wang v. Metropolitan Life Insurance Company (Ont.), 30584, leave to appeal refused with costs, 21.4.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Waxman v. Waxman (Ont.), 30418, leave to appeal refused with costs, 31.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Weselan v. Totten Sims Hubicki Associates (1997) Limited (Ont.), 30816, leave to appeal refused with costs, 2.6.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Westergard v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30623, leave to appeal refused, 17.2.05, autorisation d'appel refusée.

Williams v. White (Ont.), 30567, leave to appeal refused with costs, 24.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wong v. The Queen (B.C.) (Crim.), 30604, leave to appeal refused, 27.1.05, autorisation d'appel refusée.

Worthington Corporation v. Atlas Turner Inc. (Que.), 30581, leave to appeal refused with costs, 17.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Xie v. The Minister of Citizenship and Immigration (F.C.), 30550, leave to appeal refused with costs, 24.3.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Young v. Bella (N.L.), 30670, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 17.3.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Younger v. The Queen (Man.) (Crim.), 30483, leave to appeal refused, 13.1.05, autorisation d'appel refusée.

Zanetti v. Bonniehon Entreprises Ltd. (B.C.), 30470, leave to appeal refused with costs, 13.1.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Zsoldos v. Attorney General of Canada (F.C.), 30613, leave to appeal refused with costs, 5.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Zsoldos v. Attorney General of Canada (F.C.), 30614, leave to appeal refused with costs, 5.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Zsoldos v. Ontario Association of Architects (Ont.), 30705, leave to appeal refused with costs, 5.5.05, autorisation d'appel refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

PAGE

B

Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General) 533
British Columbia (Environmental Appeal Board), British Columbia Hydro and Power Authority v. 3
British Columbia Hydro and Power Authority v. British Columbia (Environmental Appeal Board) 3

C

Canada (Attorney General), Bristol-Myers Squibb Co. v. 533
Canada (Attorney General), Gladstone v. 325
Canada (Attorney General), H.L. v. 401
Canada (House of Commons) v. Vaid 667
Canada, Tsiaprailis v. 113
Canada, Vaughan v. 146
Casimir v. Quebec (Attorney General) 201
Casimir v. Quebec (Attorney General) 257
Chaoulli v. Quebec (Attorney General) 791
Chow, R. v. 384
Clark, R. v. 6

D

D.S., R. v. 914
Decorte, R. v. 133
Dionne, R. v. 665
Dodge City Auto (1984) Ltd., Prebushewski v. 649

F

Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland 292
Fice, R. v. 742

PAGE

G

Gladstone v. Canada (Attorney General) 325
Glegg v. Smith & Nephew Inc. 724
Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General) 238
Grandinetti, R. v. 27
Gunning, R. v. 627

H

Halifax Insurance Co., Marche v. 47
H.L. v. Canada (Attorney General) 401

J

J.J., Nova Scotia (Minister of Health) v. 177
Janssen-Ortho Inc. v. Novopharm Ltd. 776

K

Krymowski, R. v. 101

L

Lester B. Pearson School Board, Okwuobi v. 257

M

Mapara, R. v. 358
Mapara, R. v. 384
Marche v. Halifax Insurance Co. 47
Ménard, R. v. 24

N

Nova Scotia (Minister of Health) v. J.J. 177

PAGE

Novopharm Ltd., Janssen-Ortho Inc. v. 776

O

Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board 257

P

P.E.C., R. v. 290
Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City) 286
Paice, R. v. 339
Pelland, Fédération des producteurs de volailles du Québec v. 292
Prebushewski v. Dodge City Auto (1984) Ltd. 649

Q

Quebec (Attorney General), Casimir v. 201
Quebec (Attorney General), Casimir v. 257
Quebec (Attorney General), Chaoulli v. 791
Quebec (Attorney General), Gosselin (Tutor of) v. 238
Quebec (Attorney General), Solski (Tutor of) v. .. 201
Quebec (Attorney General), UL Canada Inc. v. ... 143
Quebec (Attorney General), Zorrilla v. 257

R

R.G.L., R. v. 288
R. v. Chow 384
R. v. Clark 6
R. v. D.S. 914
R. v. Decorte 133
R. v. Dionne 665
R. v. Fice 742
R. v. Grandinetti 27
R. v. Gunning 627
R. v. Krymowski 101
R. v. Mapara 358
R. v. Mapara 384
R. v. Ménard 24
R. v. P.E.C. 290
R. v. Paice 339
R. v. R.G.L. 288
R. v. Roberts 22
R. v. S. (D.G.) 914
R. v. Stender 914
Roberts, R. v. 22
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan 188
Royal Bank of Canada v. State Farm Fire and Casualty Co. 779

S

S. (D.G.), R. v. 914
Saskatchewan, Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. 188
Smith & Nephew Inc., Glegg v. 724
Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General) 201
State Farm Fire and Casualty Co., Royal Bank of Canada v. 779
Stender, R. v. 914

T

Tsiaprailis v. Canada 113

U

UL Canada Inc. v. Quebec (Attorney General) 143

V

Vaid, Canada (House of Commons) v. 667
Vaughan v. Canada 146
Victoria (City), Pacific National Investments Ltd. v. 286

Z

Zorrilla v. Quebec (Attorney General) 257

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertorié » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

PAGE

B

Banque royale du Canada c. State Farm Fire and Casualty Co. 779
British Columbia Hydro and Power Authority c. Colombie-Britannique (Environmental Appeal Board) 3
Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général) 533

C

Canada (Chambre des communes) c. Vaid 667
Canada (Procureur général), Bristol-Myers Squibb Co. c. 533
Canada (Procureur général), Gladstone c. 325
Canada (Procureur général), H.L. c. 401
Canada, Tsiaprailis c. 113
Canada, Vaughan c. 146
Casimir c. Québec (Procureur général) 201
Casimir c. Québec (Procureur général) 257
Chaoulli c. Québec (Procureur général) 791
Chow, R. c. 384
Clark, R. c. 6
Cie d'Assurance Halifax, Marche c. 47
Colombie-Britannique (Environmental Appeal Board), British Columbia Hydro and Power Authority c. 3
Commission scolaire Lester B. Pearson, Okwuobi c. 257

D

D.S., R. c. 914
Decorte, R. c. 133
Dionne, R. c. 665
Dodge City Auto (1984) Ltd., Prebushewski c. 649

PAGE

F

Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland 292
Fice, R. c. 742

G

Gladstone c. Canada (Procureur général) 325
Glegg c. Smith & Nephew Inc. 724
Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général) 238
Grandinetti, R. c. 27
Gunning, R. c. 627

H

H.L. c. Canada (Procureur général) 401

J

J.J., Nouvelle-Écosse (Ministre de la Santé) c. 177
Janssen-Ortho Inc. c. Novopharm Ltd. 776

K

Krymowski, R. c. 101

M

Mapara, R. c. 358
Mapara, R. c. 384
Marche c. Cie d'Assurance Halifax 47
Ménard, R. c. 24

N

Nouvelle-Écosse (Ministre de la Santé) c. J.J. 177

PAGE

Novopharm Ltd., Janssen-Ortho Inc. c. 776

O

Okwuobi c. Commission scolaire Lester B. Pearson 257

P

P.E.C., R. c. 290
Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville) 286
Paice, R. c. 339
Pelland, Fédération des producteurs de volailles du Québec c. 292
Prebushewski c. Dodge City Auto (1984) Ltd. 649

Q

Québec (Procureur général), Casimir c. 201
Québec (Procureur général), Casimir c. 257
Québec (Procureur général), Chaoulli c. 791
Québec (Procureur général), Gosselin (Tuteur de) c. 238
Québec (Procureur général), Solski (Tuteur de) c. 201
Québec (Procureur général), UL Canada Inc. c. .. 143
Québec (Procureur général), Zorrilla c. 257

R

R. c. Chow 384
R. c. Clark 6
R. c. D.S. 914
R. c. Decorte 133
R. c. Dionne 665
R. c. Fice 742
R. c. Grandinetti 27
R. c. Gunning 627
R. c. Krymowski 101
R. c. Mapara 358
R. c. Mapara 384

PAGE

R. c. Ménard 24
R. c. P.E.C. 290
R. c. Paice 339
R. c. R.G.L. 288
R. c. Roberts 22
R. c. S. (D.G.) 914
R. c. Stender 914
R.G.L., R. c. 288
Roberts, R. c. 22
Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan 188

S

S. (D.G.), R. c. 914
Saskatchewan, Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. 188
Smith & Nephew Inc., Glegg c. 724
Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général) .. 201
State Farm Fire and Casualty Co., Banque royale du Canada c. 779
Stender, R. c. 914

T

Tsiaprailis c. Canada 113

U

UL Canada Inc. c. Québec (Procureur général) 143

V

Vaid, Canada (Chambre des communes) c. 667
Vaughan c. Canada 146
Victoria (Ville), Pacific National Investments Ltd. c. 286

Z

Zorrilla c. Québec (Procureur général) 257

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)	[2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40	194
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)	[2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40	194
2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)	[1996] 3 R.C.S. 919	72
528852 Ontario Inc. v. Royal Insurance Co.	(2000), 51 O.R. (3d) 470	59, 90
A		
Abbey c. Conseil de l'éducation du comté d'Essex	(1999), 42 O.R. (3d) 490	252
Abbey v. Essex County Board of Education	(1999), 42 O.R. (3d) 481	252
Adler v. Ontario	[1996] 3 S.C.R. 609	217, 242
Affaires sociales — 288	[1999] T.A.Q. 269	220
Ainsworth Lumber Co. v. Canada (Attorney General)	(2003), 226 D.L.R. (4th) 93, 2003 BCCA 239	689
Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du Trésor)	[2002] A.C.F. nº 850 (QL), 2002 CAF 239	170
Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan	[1977] 2 R.C.S. 576	844
Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan	[1977] 2 S.C.R. 576	844
Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)	[1999] A.C.F. nº 458 (QL)	584
Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)	[1994] 1 C.F. 742	544
Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)	[1994] 1 F.C. 742	544
Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)	(1999), 87 C.P.R. (3d) 271	584
Arcand v. Grenville Patron Mutual Fire Insurance Co.	(1923), 25 O.W.N. 175	63
Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard	[2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1	207, 245
Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island	[2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1	207, 245
Assicurazioni Generali SpA v. Arab Insurance Group	[2003] 1 W.L.R. 577	423, 477
AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)	[2004] A.C.F. nº 883 (QL), 2004 CF 736	566, 585
AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)	(2004), 36 C.P.R. (4th) 58, 2004 FC 736	566, 585
Athey v. Leonati	[1996] 3 S.C.R. 458	415, 527
Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Assn.	[1971] S.C.R. 68	306
Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada	[1951] S.C.R. 31	313
Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards	[1984] 2 S.C.R. 66	210, 247
Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)	[1981] 2 All E.R. 1057	345, 354

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Auclair c. Bibliothèque du Parlement	[2002] A.C.F. nº 1054 (QL), 2002 CFPI 777	720
Auclair v. Library of Parliament	(2002), 222 F.T.R. 124, 2002 FCT 777	720
Audergon v. La Baguette Ltd.	[2002] E.W.J. No. 78 (QL), [2002] EWCA Civ 10	468
Authorson v. Canada (Attorney General)	[2003] 2 S.C.R. 40, 2003 SCC 39	337
Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)	[2004] 3 S.C.R. 657, 2004 SCC 78	861
Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[2004] 3 R.C.S. 657, 2004 CSC 78	861

B

B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 R.C.S. 315	878
Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)	[2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31	198, 301
Bank of Montreal v. Hall	[1990] 1 S.C.R. 121	194
Banque de Montréal c. Hall	[1990] 1 R.C.S. 121	194
Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)	(1999), 87 C.P.R. (3d) 293	599
Bear v. State of South Australia	(1981), 48 S.A.I.R. 604	690
Beaudoin-Daigneault v. Richard	[1984] 1 S.C.R. 2	424
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	[2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42	18, 68, 560, 578, 714, 766
Bell v. Canada (Attorney General)	(2002), 210 D.L.R. (4th) 463, 2002 NFCA 5	170
Bellingham v. Canada	[1996] 1 F.C. 613	129
Benmax v. Austin Motor Co.	[1955] A.C. 370	472
Bigsby v. Dickinson	(1876), 4 Ch. D. 24	470
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)	[2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44	820, 877
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)	[2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44	820, 877
Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan v. Schatz	(1986), 49 Sask. R. 244	432, 497
Bogdanoff v. Saskatchewan Government Insurance	(2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35	438, 504
Bouchard c. Canada (Ministre de la Défense nationale)	[1999] A.C.F. nº 1807 (QL)	170
Bouchard v. Canada (Minister of National Defence)	(1999), 187 D.L.R. (4th) 314	170
Bradlaugh v. Gossett	(1884), 12 Q.B.D. 271	693
Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)	[2001] A.C.F. nº 51 (QL)	566, 585
Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)	(2001), 10 C.P.R. (4th) 318	566, 585
British Columbia (Milk Board) v. Grisnich	[1995] 2 S.C.R. 895	311
Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)	[1988] 2 S.C.R. 279	72
Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)	[1988] 2 R.C.S. 279	72
Brotherhood of Maintenance of Way Employees Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd.	[1996] 2 S.C.R. 495	175
Brown v. Zaitsoff Estate	(2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18	438, 504
Burdett v. Abbot	(1811), 14 East 1, 104 E.R. 501	687

NAME OF CASE
INTITULÉ DE LA CAUSE

WHERE REPORTED
RENVOI

PAGE

C

Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources) ... [1989] 2 S.C.R. 49 ... 683
Canada (Commission des droits de la personne) c. Lignes aériennes Canadien International Ltée ... [2004] 3 R.C.F. 663, 2004 CAF 113 ... 721
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc. ... [1997] 1 R.C.S. 748 ... 447
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc. ... [1997] 1 S.C.R. 748 ... 447
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Airlines International Ltd. ... [2004] 3 F.C.R. 663, 2004 FCA 113 ... 721
Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources) ... [1989] 2 R.C.S. 49 ... 683
Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration) ... [1992] 1 S.C.R. 236 ... 874
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général) ... [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4 ... 883
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General) ... [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4 ... 883
Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan ... [1978] 2 R.C.S. 545 ... 306
Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan ... [1978] 2 S.C.R. 545 ... 306
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission) ... [1987] 1 S.C.R. 1114 ... 68
Canadian National Railway Co. v. The Queen ... [1988] 2 C.T.C. 111 ... 129
Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn. ... [1993] 3 S.C.R. 724 ... 70, 581
Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band ... [1995] 1 S.C.R. 3 ... 574
Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui ... [1995] 1 R.C.S. 3 ... 574
Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board ... [1968] S.C.R. 238 ... 306
Carter v. Alberta ... (2002), 222 D.L.R. (4th) 40, 2002 ABCA 303 ... 693
Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan ... [1979] 1 R.C.S. 42 ... 307
Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan ... [1979] 1 S.C.R. 42 ... 307
Chambre des communes c. Conseil canadien des relations du travail ... [1986] 2 C.F. 372 ... 703
Champagne c. Scotia McLeod Inc. ... [1992] R.D.J. 247 ... 738
Chandler v. Director of Public Prosecutions ... [1964] A.C. 763 ... 641
Charles Bentley Nursing Home Inc. c. Ministre des Affaires sociales ... [1978] C.S. 3 ... 824
Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ... [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3 ... 68, 460, 578
Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) ... [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3 ... 68, 460, 578
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada ... [1988] A.C.F. nº 524 (QL) ... 129
City of London Fire Insurance Co. v. Smith ... (1888), 15 S.C.R. 69 ... 75
Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada ... [1988] 2 R.C.S. 680 ... 225
Clark v. Canadian National Railway Co. ... [1988] 2 S.C.R. 680 ... 225
Coffey c. Tran ... [1991] R.D.J. 107 ... 735
Coghlan v. Cumberland ... [1898] 1 Ch. 704 ... 471
Colombie-Britannique (Milk Board) c. Grisnich ... [1995] 2 R.C.S. 895 ... 311

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 R.C.S. 536	684
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1987] 1 R.C.S. 1114	68
Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1992] 1 R.C.S. 236	874
Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)	[1996] 3 R.C.S. 854	278
Cooper v. Canada (Human Rights Commission)	[1996] 3 S.C.R. 854	278
Coughlin v. Ontario Highway Transport Board	[1968] S.C.R. 569	313
Coventry v. Annable	(1911), 19 W.L.R. 400	474
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)	[1991] 2 R.C.S. 5	275
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)	[1991] 2 S.C.R. 5	275
Curran v. M.N.R.	[1959] S.C.R. 850	130
Curtis's and Harvey Ltd. v. North British and Mercantile Insurance Co.	(1920), 55 D.L.R. 95	60, 75
D		
Danilov v. Atomic Energy Control Board	(1999), 125 O.A.C. 130	159, 170
David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.	[1995] 1 F.C. 588	611
Dedman c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 2	135
Dedman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 2	135
Degelder Construction Co. v. Dancorp Developments Ltd.	[1998] 3 S.C.R. 90	608
Derrickson c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	(1993), 63 F.T.R. 292	172
Derrickson v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)	(1993), 63 F.T.R. 292	172
Derrickson v. Derrickson	[1986] 1 S.C.R. 285	225
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)	[2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62	207
Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)	[2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62	207
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College	[1990] 3 S.C.R. 570	264
Dubois c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 350	73
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350	73
Duke of Newcastle v. Morris	(1870), L.R. 4 H.L. 661	684
E		
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513	823
Egan v. Willis	(1998), 158 A.L.R. 527	688
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	810
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	810
Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.	[1998] 2 S.C.R. 129	601
Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)	[2003] 3 C.F. 140, 2003 CAF 24	576
Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)	[2003] 3 F.C. 140, 2003 FCA 24	576
Entreprises Ludco Ltée c. Canada	[2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62	126

NAME OF CASE
INTITULÉ DE LA CAUSE

WHERE REPORTED
RENVOI

PAGE

F

Falk Bros. Industries Ltd. v. Elance Steel Fabricating Co. ... [1989] 2 S.C.R. 778 ... 55, 89
Farm Credit Corp. v. Valley Beef Producers Co-operative Ltd. ... (2002), 223 Sask. R. 236, 2002 SKCA 100 ... 457
Ferring Inc. c. Canada (Procureur général) ... [2003] A.C.F. nº 982 (QL), 2003 CAF 274 ... 566, 585
Ferring Inc. v. Canada (Attorney General) ... (2003), 26 C.P.R. (4th) 155, 2003 FCA 274 ... 566, 585
Fielding v. Thomas ... [1896] A.C. 600 ... 686
Ford c. Québec (Procureur général) ... [1988] 2 R.C.S. 712 ... 207, 821
Ford v. Quebec (Attorney General) ... [1988] 2 S.C.R. 712 ... 207, 821
Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc. ... [2004] 1 S.C.R. 456, 2004 SCC 18 ... 733
Fox v. Percy ... (2003), 214 C.L.R. 118, [2003] HCA 22 ... 455
Francis v. Baker ... [1999] 3 S.C.R. 250 ... 561, 579
Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée ... [1996] 2 R.C.S. 495 ... 175
Free World Trust v. Électro Santé Inc. ... [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66 ... 543
French v. French ... [1939] 2 W.W.R. 435 ... 475
Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie ... [1992] 1 R.C.S. 647 ... 732
Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co. ... [1992] 1 S.C.R. 647 ... 732
Friesen v. Canada ... [1995] 3 S.C.R. 103 ... 599

G

Gaignard v. Canada (Attorney General) ... (2003), 232 D.L.R. (4th) 43 ... 160
Garland v. Consumers' Gas Co. ... [2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25 ... 332
Geffen c. Succession Goodman ... [1991] 2 R.C.S. 353 ... 10, 424
Geffen v. Goodman Estate ... [1991] 2 S.C.R. 353 ... 10, 424
Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057 ... [1990] 1 R.C.S. 1298 ... 157, 163
Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057 ... [1990] 1 S.C.R. 1298 ... 157, 163
Gerber Garment Technology Inc. v. Lectra Systems Ltd ... [1997] R.P.C. 443 ... 591
GlaxoSmithKline Inc. c. Canada (Procureur général) ... [2004] A.C.F. nº 1578 (QL), 2004 CF 1302 ... 585
GlaxoSmithKline Inc. v. Canada (Attorney General) ... (2004), 38 C.P.R. (4th) 27, 2004 FC 1302 ... 585
Godbout c. Longueuil (Ville de) ... [1995] R.J.Q. 2561 ... 908
Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général) ... [2005] 1 R.C.S. 238, 2005 CSC 15 ... 261
Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General) ... [2005] 1 S.C.R. 238, 2005 SCC 15 ... 261
Gosselin c. Québec (Procureur général) ... [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84 ... 815, 877
Gosselin v. Quebec (Attorney General) ... [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84 ... 815, 877
Goudie c. Ottawa (Ville) ... [2003] 1 R.C.S. 141, 2003 CSC 14 ... 721
Goudie v. Ottawa (City) ... [2003] 1 S.C.R. 141, 2003 SCC 14 ... 721
Goulet c. Lussier ... [1989] R.J.Q. 2085 ... 735
Gravel c. Cité de St-Léonard ... [1978] 1 R.C.S. 660 ... 85
Gravel v. City of St-Léonard ... [1978] 1 S.C.R. 660 ... 85

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Gray v. Turnbull	(1870), L.R. 2 Sc. & Div. 53	470
Greene, Swift & Co. v. Lawrence	(1912), 2 W.W.R. 932	474
Guenette v. Canada (Attorney General)	(2002), 60 O.R. (3d) 601	156, 168
Guerin c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 335	336
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335	336

H

H.L. c. Canada (Procureur général)	[2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25	578
H.L. v. Canada (Attorney General)	[2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25	578
Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)	[2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73	335
Hallberg v. Canadian National Railway Co.	(1955), 16 W.W.R. 538	464
Hamilton v. Al Fayed	[2000] 2 All E.R. 224	688
Harrington v. Harrington	(1981), 33 O.R. (2d) 150	431
Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)	[2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76	578
Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)	[2002] 4 S.C.R. 45, 2002 SCC 76	578
Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1996] 2 R.C.S. 876	684
Harvey v. New Brunswick (Attorney General)	[1996] 2 S.C.R. 876	684
Henwood v. Prudential Insurance Co. of America	[1967] S.C.R. 720	64
Hill c. Église de scientologie de Toronto	[1995] 2 R.C.S. 1130	658
Hill v. Church of Scientology of Toronto	[1995] 2 S.C.R. 1130	658
Hirst v. Commercial Union Assurance Co. of Canada	(1978), 8 B.C.L.R. 396	90
Hodgkinson v. Simms	[1994] 3 S.C.R. 377	10, 336, 424
House of Commons v. Canada Labour Relations Board	[1986] 2 F.C. 372	703
Housen v. Nikolaisen	[2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33	11, 411, 449, 531, 896
Huata v. Prebble	[2004] 3 NZLR 359, [2004] NZCA 147	688
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	836
Hutt v. The Queen	[1978] 2 S.C.R. 476	20

I

Imperial Chemical Industries PLC v. Novopharm Ltd.	(1991), 35 C.P.R. (3d) 137	545
Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink	[1982] 2 S.C.R. 145	684
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927	839, 908
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	839, 908

J

J.B. c. Comité de révision sur la langue d'enseignement	[2002] T.A.Q. 15	220
Jadwani v. Canada (Attorney General)	(2001), 52 O.R. (3d) 660	174
Janiak v. Ippolito	[1985] 1 S.C.R. 146	444
Janzen v. Platy Enterprises Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1252	85
Johnson-Paquette c. Canada	[2000] A.C.F. nº 441 (QL)	160, 170
Johnson-Paquette v. Canada	(2000), 253 N.R. 305	160, 170

NAME OF CASE
INTITULÉ DE LA CAUSE

WHERE REPORTED
RENVOI

PAGE

K

Kekarainen v. Oreland Movers Ltd. ... [1981] 3 W.W.R. 534 ... 59
Kielley v. Carson ... (1842), 4 Moo. P.C. 63, 13 E.R. 225 ... 686
Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture) ... [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31 ... 198, 301
Knight v. Huntington ... (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68 ... 437, 504
Kosinski v. Snaith ... (1983), 25 Sask. R. 73 ... 418
Kourtessis c. M.R.N. ... [1993] 2 R.C.S. 53 ... 457
Kourtessis v. M.N.R. ... [1993] 2 S.C.R. 53 ... 457
Kowalski v. Sharpe ... (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 604 ... 475
Kruger Inc. c. Kruger ... [1987] R.D.J. 11 ... 736
Krupich v. Safeco Insurance Co. of America ... (1985), 16 C.C.L.I. 18 ... 59, 90

L

La Reine c. Sills ... [1985] 2 C.F. 200 ... 128
Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc. ... [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51 ... 736
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd. ... [1989] 2 S.C.R. 574 ... 336
Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé) ... (2001), 56 O.R. (3d) 577 ... 251
Landers v. Woodworth ... (1878), 2 S.C.R. 158 ... 689
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville) ... [1989] 1 R.C.S. 705 ... 483
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City) ... [1989] 1 S.C.R. 705 ... 483
Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles) ... [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53 ... 209
Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages) ... [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53 ... 209
Lavoie v. Nova Scotia (Attorney-General) ... (1989), 58 D.L.R. (4th) 293 ... 252
Law Society of British Columbia v. Mangat ... [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67 ... 194
Law Society of Upper Canada v. Skapinker ... [1984] 1 S.C.R. 357 ... 814
Lensen v. Lensen ... [1987] 2 S.C.R. 672 ... 10, 411, 494
Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes ... [1993] 3 R.C.S. 724 ... 70, 581
Lochner v. New York ... 198 U.S. 45 (1905) ... 879
London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll ... [1967] 2 All E.R. 124 ... 118, 129
Ludco Enterprises Ltd. v. Canada ... [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62 ... 126

M

M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba ... [1999] 2 R.C.S. 961 ... 194
M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp. ... [1999] 2 S.C.R. 961 ... 194
M. (A.) c. Ryan ... [1997] 1 R.C.S. 157 ... 732
M.B. c. Colombie-Britannique ... [2003] 2 R.C.S. 477, 2003 CSC 53 ... 447, 530
M.B. v. British Columbia ... [2003] 2 S.C.R. 477, 2003 SCC 53 ... 447, 530

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
M.N.R. v. Armstrong	[1956] S.C.R. 446	118, 127
Macinnis c. Canada (Procureur général)	[1994] 2 C.F. 464	172
Macinnis v. Canada (Attorney General)	[1994] 2 F.C. 464	172
Mack c. Canada (Procureur général)	(2002), 60 O.R. (3d) 756	333
Mack v. Canada (Attorney General)	(2002), 60 O.R. (3d) 737	333
Mahe v. Alberta	[1990] 1 S.C.R. 342	207, 248
Manitoba v. Air Canada	(1978), 86 D.L.R. (3d) 631	332
Manitoba v. Air Canada	[1980] 2 S.C.R. 303	332
Marche c. Cie d'Assurance Halifax	[2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6	578
Marche v. Halifax Insurance Co.	[2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6	578
Markling v. Ewaniuk	[1968] S.C.R. 776	418
Martin v. Ontario	[2004] O.J. No. 2247 (QL)	688
Matthewson v. Thompson	[1925] 2 D.L.R. 1211	475
Merck & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)	[1999] A.C.F. nº 1535 (QL)	575
Merck & Co. c. Canada (Procureur général)	[1999] A.C.F. nº 1825 (QL)	561, 572
Merck & Co. v. Canada (Attorney General)	(1999), 176 F.T.R. 21	561, 572
Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)	[1998] 2 R.C.S. 193	550, 594
Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)	[1998] A.C.F. nº 1882 (QL)	550, 594
Merck Frosst Canada Inc. v. Apotex Inc.	[1997] 2 F.C. 561	594
Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)	(1994), 55 C.P.R. (3d) 302	594
Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)	[1998] 2 S.C.R. 193	550, 594
Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)	(1998), 84 C.P.R. (3d) 492	594
Mersey Docks and Harbour Board v. Procter	[1923] A.C. 253	472
Messer v. Messer	(1922), 66 D.L.R. 833	475
Miller v. Foley & Sons	(1921), 59 D.L.R. 664	475
Mills c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 863	284
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863	284
Minister of Justice of Canada v. Borowski	[1981] 2 S.C.R. 575	817, 874
Ministre de la Justice du Canada c. Borowski	[1981] 2 R.C.S. 575	817, 874
Monaghan v. Monaghan	[1931] 2 W.W.R. 1	475
Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser	[2004] 1 S.C.R. 902, 2004 SCC 34	564
Montgomerie & Co. v. Wallace-James	[1904] A.C. 73	472
Morin v. Crawford	(1999), 29 C.P.C. (4th) 362	689
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	193

N

Nahayowski v. Pearl Assurance Co.	(1964), 45 W.W.R. 662	59, 90
Nation et bande indienne de Samson c. Canada	[2004] 1 R.C.F. 556, 2003 CF 975	685
Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)	[2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73	335
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)	[1993] 1 R.C.S. 319	683

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)	[1993] 1 S.C.R. 319	683
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)	[1999] 3 S.C.R. 46	820, 847, 881
Norberg v. Wynrib	[1992] 2 S.C.R. 226	658
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)	[1999] 3 R.C.S. 46	820, 847, 881
Nova Scotia (Minister of Community Services) v. L.K.	(1991), 107 N.S.R. (2d) 377	185
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin	[2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54	274
Novopharm Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)	[1998] 3 C.F. 50	576
Novopharm Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)	[1998] 3 F.C. 50	576
Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)	[1998] A.C.F. nº 274 (QL)	572
Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)	[1999] 1 C.F. 620	567
Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)	(1998), 80 C.P.R. (3d) 74	572
Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)	[1999] 1 F.C. 620	567

O

O'Grady v. Sparling	[1960] S.C.R. 804	196
Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)	[2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52	159, 172
Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)	[2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52	159, 172
Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.	[2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48	878
Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson	[2005] 1 R.C.S. 257, 2005 CSC 16	215
Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board	[2005] 1 S.C.R. 257, 2005 SCC 16	215
Olsen v. Canada (Attorney General)	(2003), 226 D.L.R. (4th) 483, 2003 BCCA 209	170
Ontario c. Canadien Pacifique Ltée	[1995] 2 R.C.S. 1031	72
Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York	[1996] 2 R.C.S. 929	250
Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education	[1996] 2 S.C.R. 929	250
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	684
Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) v. Ontario (Human Rights Commission)	(2001), 54 O.R. (3d) 595	688
Ontario v. Canadian Pacific Ltd.	[1995] 2 S.C.R. 1031	72
Operation Dismantle Inc. c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 441	817
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	817
Ordon Estate v. Grail	[1998] 3 S.C.R. 437	82

P

P.E.I. Potato Marketing Board v. H. B. Willis Inc.	[1952] 2 S.C.R. 392	312
Parker v. Saskatchewan Hospital Assn.	[2001] 7 W.W.R. 230, 2001 SKCA 60	520

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324	[2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42	720
Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324	[2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42	720
Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)	[2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55	274
Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)	[2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55	274
Payson v. Hubert	(1904), 34 S.C.R. 400	689
Peel (Municipalité régionale) c. Canada	[1992] 3 R.C.S. 762	332
Peel (Regional Municipality) v. Canada	[1992] 3 S.C.R. 762	333
Pelech v. Pelech	[1987] 1 S.C.R. 801	431
Penikett v. Canada	(1987), 45 D.L.R. (4th) 108	699
Peralta v. Ontario	[1988] 2 S.C.R. 1045	314
Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.	[2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19	658
Pettkus v. Becker	[1980] 2 S.C.R. 834	332
Pfizer Canada Inc. v. Minister of National Health and Welfare	(1986), 12 C.P.R. (3d) 438	575
Phillips v. Harrison	(2000), 196 D.L.R. (4th) 69, 2000 MBCA 150	161, 170
Pickin v. British Railways Board	[1974] A.C. 765	699
Pilorgé c. Desgens	[1987] R.D.J. 341	735
Pleau (Litigation Guardian of) v. Canada (Attorney General)	(1999), 182 D.L.R. (4th) 373	156, 170
Poast v. Royal Insurance Co. of Canada	(1983), 21 Man. R. (2d) 67	59
Prebble v. Television New Zealand Ltd.	[1995] 1 A.C. 321	688
Prince Rupert Hotel (1957) Ltd. v. Canada	[1995] 2 C.T.C. 212	129
Procureur général du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Assn.	[1971] R.C.S. 689	306
Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards	[1984] 2 R.C.S. 66	210, 247
Public Service Alliance of Canada v. Canada (Treasury Board)	(2002), 293 N.R. 325, 2002 FCA 239	170
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1998] 1 R.C.S. 982	574
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1998] 1 S.C.R. 982	574

Q

Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)	[2004] 2 S.C.R. 223, 2004 SCC 40	718
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)	[2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39	718
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)	[2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39	718
Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 R.C.S. 211	819
Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 S.C.R. 211	819
Québec (Procureur général) c. Dorion	[1993] R.D.J. 88	738
Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)	[2004] 2 R.C.S. 223, 2004 CSC 40	718

NAME OF CASE
INTITULÉ DE LA CAUSE

WHERE REPORTED
RENVOI
PAGE

Québec (Procureure générale) c. Barreau de Montréal ..... [2001] R.J.Q. 2058 265
Québec (Procureure générale) c. Entreprises W.F.H. Ltée ..... [2000] R.J.Q. 1222 244

R

R. v. 974649 Ontario Inc. ..... [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 264
R. v. B. (K.G.) ..... [1993] 1 S.C.R. 740 377
R. v. Bacon ..... [1999] Q.J. No. 19 (QL) 640
R. v. Bastien ..... [2003] R.J.Q. 1695 761
R. v. Baxter ..... (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 640
R. v. Beaulac ..... [1999] 1 S.C.R. 768 218
R. v. Behrens ..... [2004] O.J. No. 5135 (QL), 2004 ONCJ 327 689
R. v. Berger ..... (1975), 27 C.C.C. (2d) 357 40
R. v. Brown ..... (2002), 32 M.V.R. (4th) 211, 2002 ABPC 187 761
R. v. Buhay ..... (1986), 30 C.C.C. (3d) 30 14
R. v. Bunting ..... (1885), 7 O.R. 524 698
R. v. Carter ..... [1982] 1 S.C.R. 938 ..... 364, 376
R. v. Chang ..... (2003), 173 C.C.C. (3d) 397 ..... 367, 376
R. v. Chesson ..... [1988] 2 S.C.R. 148 393
R. v. Cinous ..... [2002] 2 S.C.R. 3, 2002 SCC 29 ..... 43, 643
R. v. Clark ..... (1983), 5 C.C.C. (3d) 264 640
R. v. Clifford ..... (1916), 26 D.L.R. 754 14
R. v. Collins ..... [1987] 1 S.C.R. 265 816
R. v. Commisso ..... [1983] 2 S.C.R. 121 395
R. v. Crawford ..... [1995] 1 S.C.R. 858 389
R. v. Daoust ..... [2004] 1 S.C.R. 217, 2004 SCC 6 ..... 17, 72
R. v. Dobis ..... (2002), 58 O.R. (3d) 536 761
R. v. Duncan ..... (2002), 1 C.R. (6th) 265 377
R. v. Edwards Books and Art Ltd. ..... [1986] 2 S.C.R. 713 880
R. v. Evans ..... [1993] 3 S.C.R. 653 368
R. v. Find ..... [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32 111
R. v. Finlay ..... [1993] 3 S.C.R. 103 639
R. v. Fontaine ..... [2004] 1 S.C.R. 702, 2004 SCC 27 ..... 43, 643
R. v. Gladstone ..... [1996] 2 S.C.R. 723 327
R. v. Goulis ..... (1981), 33 O.R. (2d) 55 72
R. v. Graham-Campbell; Ex parte Herbert ..... [1935] 1 K.B. 594 706
R. v. Groot ..... [1999] 3 S.C.R. 664 110
R. v. Gruenke ..... [1991] 3 R.C.S. 263 737
R. v. Hape ..... [2002] O.J. No. 168 (QL) 382
R. v. Harbottle ..... [1993] 3 S.C.R. 306 25
R. v. Harris ..... (2002), 167 C.C.C. (3d) 246, 2002 BCCA 152 761
R. v. Hawkins ..... [1996] 3 S.C.R. 1043 377
R. v. Hinchey ..... [1996] 3 S.C.R. 1128 607
R. v. Hodgson ..... [1998] 2 S.C.R. 449 37
R. v. Hufsky ..... [1988] 1 S.C.R. 621 136
R. v. Jobidon ..... [1991] 2 S.C.R. 714 ..... 352, 341

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	109
R. v. Keir	(1919), 34 C.C.C. 164	14
R. v. Khan	[1990] 2 S.C.R. 531	365
R. v. Knoblauch	[2000] 2 S.C.R. 780, 2000 SCC 58	759
R. v. La	(2003), 15 Alta. L.R. (4th) 56, 2003 ABQB 391	761
R. v. Malmo-Levine	[2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74	845, 869
R. v. Marquard	[1993] 4 S.C.R. 223	520
R. v. McClelland	(2001), 281 A.R. 378, 2001 ABCA 182	761
R. v. McClure	[2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14	737
R. v. McCune	(1998), 131 C.C.C. (3d) 152	110
R. v. McDonald	(1998), 127 C.C.C. (3d) 57	753
R. v. McDonald	(2002), 209 N.S.R. (2d) 283	580
R. v. McIntosh	[1995] 1 S.C.R. 686	86, 607
R. v. McMillan	(1975), 7 O.R. (2d) 750	42
R. v. Mohan	[1994] 2 S.C.R. 9	518
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	820, 863, 848
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606	72
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	823, 859
R. v. Oickle	[2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38	37
R. v. Persaud	(2002), 26 M.V.R. (4th) 41	761
R. v. Pilarinos	(2002), 2 C.R. (6th) 273, 2002 BCSC 855	376
R. v. Predenchuk	(2000), 199 Sask. R. 264, 2000 SKCA 122	761
R. v. Proulx	[2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5	608, 746, 767
R. v. Richards; Ex parte Fitzpatrick and Browne	(1955), 92 C.L.R. 157	688
R. v. Runns	(2002), 165 C.C.C. (3d) 217, 2002 SKCA 48	761
R. v. Sharpe	[2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2	68, 225, 714
R. v. Skani	(2002), 331 A.R. 50, 2002 ABQB 1097	761
R. v. Squire	(1975), 26 C.C.C. (2d) 219	350
R. v. Starr	[2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40	365, 376
R. v. Stephens	(1995), 102 C.C.C. (3d) 416	137
R. v. Thallman	(1863), 9 Cox C.C. 388	14
R. v. Ticknovich	(2003), 343 A.R. 243, 2003 ABQB 854	377
R. v. Todd	(1901), 4 C.C.C. 514	40
R. v. Torbiak and Gillis	(1978), 40 C.C.C. (2d) 193	391
R. v. U. (F.J.)	[1995] 3 S.C.R. 764	377
R. v. Ulybel Enterprises Ltd.	[2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56	68, 330, 598
R. v. W. (R.)	[1992] 2 S.C.R. 122	421
R. v. Wang	[2005] 1 All E.R. 782, [2005] UKHL 9	641
R. v. Wu	[2003] 3 S.C.R. 530, 2003 SCC 73	752
R. v. Wust	[2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18	753, 767
R. v. Yebes	[1987] 2 S.C.R. 168	351, 356
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	844, 878
Re Clark and Attorney-General of Canada	(1977), 17 O.R. (2d) 593	688
Re Ouellet (No. 1)	(1976), 67 D.L.R. (3d) 73	689
Reference re Agricultural Products Marketing Act	[1978] 2 S.C.R. 1198	296
Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 S.C.R. 1148	245, 690

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
Reference re Goods and Services Tax	[1992] 2 S.C.R. 445	333
Reference re: Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 7	(1999), 3 C.P.R. (4th) 77	575
Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)	[1993] 1 S.C.R. 839	210
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	207, 250, 836
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123	877
Reference re The Farm Products Marketing Act	[1957] S.C.R. 198	306
Reference re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan	(1987), 36 C.C.C. (3d) 353	244
Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners	[2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14	154, 171, 721
Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners	[2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14	154, 171, 721
Renvoi concernant une question portant sur l'application de l'art. 7 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133	[1999] A.C.F. nº 1535 (QL)	575
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	844, 878
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)	[1990] 1 R.C.S. 1123	877
Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles	[1978] 2 R.C.S. 1198	296
Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)	[1993] 1 R.C.S. 839	210
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	207, 250, 836
Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services	[1992] 2 R.C.S. 445	333
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 R.C.S. 1148	245, 690
Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)	[1987] 2 R.C.S. 59	194, 816
Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)	[1987] 2 S.C.R. 59	194, 816
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	18, 68, 437, 557, 578
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1994] 1 R.C.S. 311	599
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	196, 840
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1994] 1 S.C.R. 311	599
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	196, 840
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519	820, 850, 881
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519	820, 850, 881
Ross c. Registraire des véhicules automobiles	[1975] 1 R.C.S. 5	196
Ross v. Registrar of Motor Vehicles	[1975] 1 S.C.R. 5	196
Rothman c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 640	40
Rothman v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 640	40

S

S.A. c. Comité de révision sur la langue d'enseignement	[2001] T.A.Q. 935	220
S.S. Hontestroom v. S.S. Sagaporack	[1927] A.C. 37	478
Samson Indian Nation and Band v. Canada	[2004] 1 F.C.R. 556, 2003 FC 975	685
Schwartz v. Canada	[1996] 1 S.C.R. 254	11, 130, 424

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
Shell Canada Ltd. v. Canada	[1999] 3 S.C.R. 622	126
Shell Canada Ltée c. Canada	[1999] 3 R.C.S. 622	126
Sibbeston v. Northwest Territories (Attorney General)	[1988] 2 W.W.R. 501	701
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	814
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	814
Sisson v. Pak Enterprises Ltd.	(1987), 64 Sask. R. 232	434, 501
Skoke-Graham c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 106	86
Skoke-Graham v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 106	86
Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.	[2004] 1 R.C.S. 456, 2004 CSC 18	733
Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)	[2005] 1 R.C.S. 201, 2005 CSC 14	243, 261
Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)	[2005] 1 S.C.R. 201, 2005 SCC 14	243, 261
Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.	[2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78	580
St-Jean v. Mercier	[2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15	483
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier	[1986] 1 R.C.S. 704	160, 163, 718
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219	[1986] 1 S.C.R. 704	160, 163, 718
State Rail Authority of New South Wales v. Wiegold	(1991), 25 N.S.W.L.R. 500	530
Stein c. Le navire « Kathy K »	[1976] 2 R.C.S. 802	10, 424
Stein v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802	10, 424
Stein v. Tribunal administratif du Québec	[1999] R.J.Q. 2416	890
Stockdale v. Hansard	(1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112	682
Stopforth v. Goyer	(1979), 23 O.R. (2d) 696	688
STT c. British Columbia Telephone Co.	[1998] 2 S.C.R. 564	172
Stubart Investments Ltd. c. La Reine	[1984] 1 R.C.S. 536	68
Stubart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536	68
Succession Ordon c. Grail	[1998] 3 R.C.S. 437	82
Syntex (U.S.A.) L.L.C. c. Canada (Ministre de la Santé)	[2002] A.C.F. nº 1020 (QL), 2002 CAF 289	573
Syntex (U.S.A.) L.L.C. v. Canada (Minister of Health)	(2002), 20 C.P.R. (4th) 29, 2002 FCA 289	573

T

Tafler v. British Columbia (Commissioner of Conflict of Interest)	(1998), 161 D.L.R. (4th) 511	689
Tanel v. Rose Beverages (1964) Ltd.	(1987), 57 Sask. R. 214	411, 501
Tanfern Ltd. v. Cameron-MacDonald	[2000] 1 W.L.R. 1311	476
Tarasoff v. Zielinsky	[1921] 2 W.W.R. 135	475
Taylor v. University of Saskatchewan	(1955), 15 W.W.R. 459	467
Telezone Inc. v. Canada (Attorney General)	(2004), 69 O.R. (3d) 161	685
Temple v. Bulmer	[1943] S.C.R. 265	693
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	[1991] 2 R.C.S. 22	275
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)	[1991] 2 S.C.R. 22	275
The Queen v. Sills	[1985] 2 F.C. 200	128
Thompson v. McLean	(1998), 37 C.C.E.L. (2d) 170	690

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI PAGE
Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)	[2002] A.C.F. nº 1208 (QL), 2002 CFPI 927 ..... 566, 585
Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)	(2002), 21 C.P.R. (4th) 232, 2002 FCT 927 ..... 566, 585
Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital	[1994] 1 S.C.R. 114 ..... 10, 424, 485
Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital	[1994] 1 R.C.S. 114 ..... 11, 424, 485
TWU v. British Columbia Telephone Co.	[1988] 2 S.C.R. 564 172

U

Underwood v. Ocean City Realty Ltd.	(1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 511
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)	[2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19 580
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)	[2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19 580

V

Vriend v. Alberta	[1998] 1 S.C.R. 493 ..... 836, 873

W

Walker v. Jones	733 F.2d 923 (1984) 711
Warren v. Coombes	(1979), 142 C.L.R. 531 484
Weber v. Ontario Hydro	[1995] 2 S.C.R. 929 ..... 151, 163, 264, 718
West Coast Hotel Co. v. Parrish	300 U.S. 379 (1937) 879
Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.	[1993] R.J.Q. 2735 737
Whirlpool Corp. v. Camco Inc.	[2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67 542
Whitehouse v. Jordan	[1981] 1 All E.R. 267 480
Whiten v. Pilot Insurance Co.	[2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18 658
Willick v. Willick	[1994] 3 S.C.R. 670 597
Wilson v. Erbach	(1966), 56 W.W.R. 659 475
Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.	[2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48 878
Workmen's Compensation Board v. Greer	[1975] 1 S.C.R. 347 484

Y

Yearwood v. Canada (Attorney General)	(2002), 216 D.L.R. (4th) 462, 2002 BCCA 427 ..... 158, 170
YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown	[1989] 1 S.C.R. 1532 810

Z

Zaidan Group Ltd. c. London (Ville)	[1991] 3 R.C.S. 593 333
Zaidan Group Ltd. v. London (City)	[1991] 3 S.C.R. 593 333

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Zeitel v. Ellscheid	[1994] 2 S.C.R. 142	610
Zündel v. Boudria	(1999), 46 O.R. (3d) 410	689
Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)	[1992] 2 R.C.S. 321	684
Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)	[1992] 2 S.C.R. 321	684

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

A

Act respecting administrative justice, R.S.Q., c. J-3
s. 14 257
s. 15 257
s. 74 257
s. 107 257

Act respecting the marketing of agricultural, food and fish products, R.S.Q., c. M-35.1 292

Adult Protection Act, R.S.N.S. 1989, c. 2
s. 9(3)c) 177

C

Canadian Charter of Rights and Freedoms
s. 2(b) 143
s. 7 791
s. 8 384
s. 9 133
s. 23 ..... 201, 238

Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6
s. 2 667

Charter of Human Rights and Freedoms
s. 1 791
s. 9.1 791
s. 10 238
s. 12 238

Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11
s. 73 ..... 201, 238
s. 83.4 257

Constitution Act, 1867
s. 92 143

PAGE

Consumer Protection Act, S.S. 1996, c. C-30.1
s. 65 649
s. 66 649

Court of Appeal Act, 2000, S.S. 2000, c. C-42.1
s. 14 401

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46
s. 2 "peace officer" (c) 133
s. 34(1) 339
s. 41 627
s. 86(1) 627
s. 145(3) 133
s. 150 6
s. 173(1) 6
s. 185(1)(e) 384
s. 222 627
s. 229 627
s. 231(5) 24
s. 254 133
s. 319(2) 101
s. 686(3) 24
s. 693(1) 288
s. 719(3) 742
s. 742.1 742

F

Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11
s. 2 "public money" 325

Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14
s. 73.1 325

H

Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29
s. 15 791

PAGE

Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8
s. 48 133

Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28
s. 2 791
s. 11 791

I

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)
s. 6(1) 113

Insurance Act, R.S.N.S. 1989, c. 231
s. 171 47
Sch., Part VII, s. 4 47

P

Parliament of Canada Act, R.S.C. 1985, c. P-1
s. 4 667

Parliamentary Employment and Staff Relations Act, R.S.C. 1985, c. 33 (2nd Supp.)
s. 2 667

Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4
s. 55.2 533

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133
s. 5(1) 533
s. 5(1.1) 533

Plan conjoint des producteurs de volailles du Québec, R.R.Q., c. M-35, r. 126 292

Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15
s. 42(1) 133
s. 54(1) to (3) 133

Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1985, c. P-35
s. 91 146
s. 92 146

R

Règlement sur la production et la mise en marché du poulet, R.R.Q., c. M-35.1, r. 13.2
s. 1 292
s. 53 292
s. 54 292
s. 90 292
s. 92 292

Regulation respecting dairy products substitutes, R.R.Q. 1981, c. P-30, r. 15
s. 40(1)(c) 143

S

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26
s. 50 286

T

Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13
s. 30 188

Tobacco Control Act, S.S. 2001, c. T-14.1
s. 6 188

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

A

Adult Protection Act, R.S.N.S. 1989, ch. 2
art. 9(3)c) 177

C

Charte canadienne des droits et libertés
art. 2b) 143
art. 7 791
art. 8 384
art. 9 133
art. 23 ..... 201, 238

Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11
art. 73 ..... 201, 238
art. 83.4 257

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12
art. 1 791
art. 9.1 791
art. 10 238
art. 12 238

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46
art. 2 « agent de la paix » c) 133
art. 34(1) 339
art. 41 627
art. 86(1) 627
art. 145(3) 133
art. 150 6
art. 173(1) 6
art. 185(1)e) 384
art. 222 627
art. 229 627
art. 231(5) 24
art. 254 133
art. 319(2) 101
art. 686(3) 24
art. 693(1) 288
art. 719(3) 742
art. 742.1 742

PAGE

Code de la route, L.R.O. 1990, ch. H.8
art. 48 133

Consumer Protection Act, S.S. 1996, ch. C-30.1
art. 65 649
art. 66 649

I

Insurance Act, R.S.N.S. 1989, ch. 231
art. 171 47
ann. partie VII, art. 4 47

L

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6
art. 2 667

Loi constitutionnelle de 1867
art. 92 143

Loi de 2000 sur la Cour d'appel, L.S. 2000, ch. C-42.1
art. 14 401

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.)
art. 6(1) 113

Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28
art. 2 791
art. 11 791

Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29
art. 15 791

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26
art. 50 286

PAGE

Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. 1985, ch. F-11
art. 2 « fonds publics » 325

Loi sur la justice administrative, L.R.Q., ch. J-3
art. 14 257
art. 15 257
art. 74 257
art. 107 257

Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche, L.R.Q., ch. M-35.1 292

Loi sur le Parlement du Canada, L.R.C. 1985, ch. P-1
art. 4 667

Loi sur le tabac, L.C. 1997, ch. 13
art. 30 188

Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4
art. 55.2 533

Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14
art. 73.1 325

Loi sur les relations de travail au Parlement, L.R.C. 1985, ch. 33 (2e suppl.)
art. 2 667

Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-35
art. 91 146
art. 92 146

Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15
art. 42(1) 133
art. 54(1) à (3) 133

PAGE

P

Plan conjoint des producteurs de volailles du Québec, R.R.Q., ch. M-35, r. 126 292

R

Règlement sur la production et la mise en marché du poulet, R.R.Q., ch. M-35.1, r. 13.2
art. 1 292
art. 53 292
art. 54 292
art. 90 292
art. 92 292

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133
art. 5(1) 533
art. 5(1.1) 533

Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q. 1981, ch. P-30, r. 15
art. 40(1)c) 143

T

Tobacco Control Act, S.S. 2001, ch. T-14.1
art. 6 188

TREATIES AND OTHER INTERNATIONAL INSTRUMENTS

PAGE

A

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1869 U.N.T.S. 299 (being Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 1867 U.N.T.S. 3), signed April 15, 1994 533

PAGE

N

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, Can. T.S. 1994 No. 2
art. 1709(10) 533

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

PAGE

A

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, R.T. Can. 1994 n° 2
art. 1709(10) 533

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 1869 R.T.N.U. 332 (annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 1867 R.T.N.U. 3), signé le 15 avril 1994 533

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

Andrews, N. H. "A New System of Civil Appeals and a New Set of Problems", [2000] *Cambridge L.J.* 464. .. 476

Anson, William Reynell. *The Law and Custom of the Constitution*, 5th ed., vol. I. Oxford: Clarendon Press, 1922. 696

Archibald, Bruce P. "The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All?" (2000), 25 *Queen's L.J.* 1. 378

Armstrong, Wendy. *The Consumer Experience with Cataract Surgery and Private Clinics in Alberta: Canada's Canary in the Mine Shaft.* Edmonton: Consumers' Association of Canada (Alberta), 2000..... 900

Australia. Parliament of the Commonwealth of Australia. *Final Report of the Joint Select Committee on Parliamentary Privilege*, Parliamentary Paper No. 219/1984. Canberra: Commonwealth Government Printer, October 1984. 694

Baer, Marvin G., and James A. Rendall. *Cases on the Canadian Law of Insurance*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. 66

Barrigar, Robert H. *Canadian Patent Act annotated*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 2004). 593

Bastarache, Michel. « Introduction », dans Michel Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada*, 2e éd. Traduit de l'anglais par Hugues Sirgent. Cowansville : Yvon Blais, 2004, 1. 208

Bastarache, Michel. "Introduction", in Michel Bastarache, ed., *Language Rights in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 2004, 1. 208

Bergman, Howard. *Expertise déposée par Howard Bergman*, novembre 1998. 889

Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, "willful". 656

Black's Law Dictionary, 8th ed. Edited by Bryan A. Garner. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004, "pursuant to". 128

Boivin, Denis. *Insurance Law*. Toronto: Irwin Law, 2004..... 65

Bourinot, John George. *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1916..... 697

Braën, André. « Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada et l'interprétation judiciaire » (1988), 19 *R.G.D.* 311. 210

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2004, release 3)..... 65

Brown, Craig, and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991..... 60

PAGE

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002 285

Brunelle, Yvon. *Aspects critiques d'un rationnement planifié.* Québec : Ministère de la Santé et des Services sociaux, Direction de l'Évaluation, novembre 1993. 819

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 1re sess., 32e lég., 6 octobre 1980, p. 3286. 223

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des Communes*, vol. V, 3e sess., 28e parl., p. 5338. 682

Canada. Commission on the Future of Health Care in Canada. *Building on Values: The Future of Health Care in Canada: Final Report.* Ottawa: The Commission, 2002. ..... 811, 858, 863

Canada. Commission royale d'enquête sur la fiscalité. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*, t. 3, première partie — « Les particuliers et les familles ». Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966. 126

Canada. Commission royale d'enquête sur les services de santé. *Assurance médicale privée et paiement par anticipation.* Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966. 866

Canada. Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada. *Guidé par nos valeurs : L'avenir des soins de santé au Canada : Rapport final.* Ottawa : La Commission, 2002. ..... 811, 858, 863

Canada. Conseil consultatif national sur le troisième âge. *La position du CCNTA sur la privatisation des soins de santé.* Ottawa : CCNTA, 1997. 903

Canada. Department of Finance. *Federal Support for Health Care: The Facts.* Ottawa: Department of Finance, September 2004. 867

Canada. Health Canada, Therapeutic Products Programme. *Guidance for Industry — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations.* Ottawa: The Department, May 10, 2000 605

Canada. Health Canada. *Waiting Lists and Waiting Times for Health Care in Canada: More Management!! More Money??* Ottawa: Health Canada, 1998 ..... 840, 887

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. III, 1st Sess., 32nd Parl., October 6, 1980, p. 3286. 223

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. V, 3rd Sess., 28th Parl., p. 5338. 682

Canada. Ministère des Finances. *Participation fédérale au financement des soins de santé : les faits.* Ottawa : Ministère des Finances, septembre 2004. 867

Canada. National Advisory Council on Aging. *The NACA Position on the Privatization of Health Care.* Ottawa: NACA, 1997. 903

Canada. Parlement. Chambre des communes. *Jurisprudence parlementaire de Beauchesne : Règlement annoté et formulaire de la Chambre des communes du Canada*, 6e éd. Par Alistair Fraser, W. F. Dawson et John A. Holtby. Toronto : Carswell, 1991. 682

Canada. Parlement. Chambre des communes. *La procédure et les usages de la Chambre des communes.* Sous la direction de Robert Marleau et Camille Montpetit. Ottawa : Chambre des communes, 2000. 697

Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, fascicule no 48, 29 janvier 1981, p. 108 252

Canada. Parliament. House of Commons. *Beauchesne's Rules & Forms of the House of Commons of Canada with Annotations, Comments and Precedents*, 6th ed. By Alistair Fraser, W. F. Dawson and John A. Holtby. Toronto: Carswell, 1989 682

PAGE

Canada. Parliament. House of Commons. *House of Commons Procedure and Practice.* Edited by Robert Marleau and Camille Montpetit. Ottawa: House of Commons, 2000. 697

Canada. Parliament. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue No. 48, January 29, 1981, p. 108 252

Canada. Royal Commission on Health Services. *Voluntary Medical Insurance and Prepayment.* Ottawa: Queen's Printer, 1965. 866

Canada. Royal Commission on Taxation. *Report of the Royal Commission on Taxation*, vol. 3, part A, "Taxation of Individuals and Families". Ottawa: Queen's Printer, 1966 126

Canada. Santé Canada. *Listes d'attente et temps d'attente pour des soins de santé au Canada : Plus de gestion!! Plus d'argent??* Ottawa : Santé Canada, 1998 ..... 840, 887

Canada. Santé Canada, Programme des produits thérapeutiques. *Ligne directrice à l'intention de l'industrie — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité).* Ottawa : Le Ministère, le 10 mai 2000. 605

Canada. Sénat. *La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral.* Rapport final du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie. Ottawa : Le Sénat, 2002. ... 840

Canada. Sénat. *La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral.* Rapport intérimaire du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie. Ottawa : Le Sénat, 2001-2002 ..... 834, 855, 865

Canada. Senate. *The Health of Canadians — The Federal Role.* Final Report of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology. Ottawa: The Senate, 2002. 840

Canada. Senate. *The Health of Canadians — The Federal Role.* Interim Report of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology. Ottawa: The Senate, 2001-2002. ..... 834, 855, 865

Canada. Solicitor General of Canada. *First Nations Policing Policy.* Ottawa: The Ministry, 1996. 137

Canada. Solliciteur général du Canada. *Politique sur la police des Premières nations.* Ottawa : Le Ministère, 1996. 137

Canada. Statistics Canada. Health Analysis and Measurement Group. *Access to Health Care Services in Canada, 2001.* By Claudia Sanmartin, Christian Houle, Jean-Marie Berthelot and Kathleen White. Ottawa: Statistics Canada, 2002. 847

Canada. Statistique Canada. Groupe d'analyse et de mesure de la santé. *Accès aux services de soins de santé au Canada, 2001.* Par Claudia Sanmartin, Christian Houle, Jean-Marie Berthelot et Kathleen White. Ottawa : Statistique Canada, 2002. 847

Canadian Health Services Research Foundation. *Mythbusters — Myth: A parallel private system would reduce waiting times in the public system.* Ottawa: Canadian Health Services Research Foundation, 2001. 900

Canadian Institute for Information. *National Health Expenditure Trends, 1975-2003.* Ottawa: The Institute, 2003, Figure 13. 811

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 2001, "access". 12

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, "grievous". 357

Choudhry, Sujit, and Robert Howse, "Constitutional Theory and The *Quebec Secession Reference*" (2000), 13 *Can. J. L. & Jur.* 143 838

PAGE

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999. 68, 579

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. 68, 579

Davidov, Guy. "The Paradox of Judicial Deference" (2000-2001), 12 *N.J.C.L.* 133. 837

DeCoster, Carolyn, Leonard MacWilliam and Randy Walld. *Waiting Times for Surgery: 1997/98 and 1998/99 Update*. Winnipeg: Manitoba Centre for Health Policy and Evaluation, University of Manitoba, 2000. 900

DeNavas-Walt, Carmen, Bernadette D. Proctor and Robert J. Mills. *Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States: 2003*. U.S. Census Bureau, Washington: U.S. Government Printing Office, 2004. 868

Denis, Jean-Louis. *Un avenir pour le système public de santé*. Conférence régionale de l'Institut canadien de la retraite et des avantages sociaux "Notre système de santé, peut-on se le permettre?", septembre 1998. 819

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. 18, 68, 456, 558, 578, 714

Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament, 19th ed. By David Lidderdale, ed. London: Butterworths, 1976. 698

Erskine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament, 23rd ed. By William McKay, ed. London: LexisNexis UK, 2004. 681

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003. 738

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003 283

Fondation canadienne de la recherche sur les services de santé. *À bas les mythes — Mythe : Un système privé parallèle réduirait les temps d'attente dans le système public*. Ottawa : Fondation canadienne de la recherche sur les services de santé, 2001. 900

Foucher, Pierre. "Language Rights and Education", in Michel Bastarache, ed., *Language Rights in Canada*. Translated by Translation Devinat et Associés. Montréal: Yvon Blais, 1987, 255. 210

Foucher, Pierre. « Les droits linguistiques en matière scolaire », dans Michel Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada*. Montréal : Yvon Blais, 1986, 269. 210

Foucher, Pierre. « Les droits scolaires des minorités linguistiques », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol P. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 1996, 941. 223

Foucher, Pierre. "Les droits scolaires des minorités linguistiques", in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, 16-1. 223

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969. 591

Garland, Steven B., and Jeremy E. Want. "The Canadian Patent System: An Appropriate Balance Between the Rights of the Public and the Patentee" (1999), 16 *C.I.P.R.* 43. 591

Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L'injonction*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998 284

Goode, Matthew R. *Criminal Conspiracy in Canada*. Toronto: Carswell, 1975. 378

Graham, Randal N. *Statutory Interpretation: Theory and Practice*. Toronto: Emond Montgomery, 2001. 68

PAGE

Great Britain. *Civil Procedure*. London: Sweet & Maxwell, 2002 476

Grenier, François M., et Catherine Lemay. « Le règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) » (2003), 20 *R.C.P.I.* 51 611

Henderson, Gordon F., ed. *Patent Law of Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994. 613

Heuston, R. F. V. *Essays in Constitutional Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1964. 707

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 225

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 ..... 192, 302, 810

Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2002. 118

Hohfeld, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, ed. by W. W. Cook. New Haven: Yale University Press, 1923 421

Hore, Edward. "The Notice of Compliance Regulations Under the Patent Act: The First Two Years" (1995), 12 *C.I.P.R.* 207. 592

Hughes, Roger T., and John H. Woodley. *Hughes and Woodley on Patents*, loose-leaf ed. Toronto: Butterworths, 1984 (loose-leaf updated October 2004, Issue 60). 594

Hurley, Jeremiah, et al. *Parallel Private Health Insurance in Australia: A Cautionary Tale and Lessons for Canada*. Canberra: Centre for Economic Policy Research, Research School of Social Sciences, Australian National University, 2002. 900

Institut canadien d'information sur la santé. *Tendances des dépenses nationales de santé, 1975-2003*. Ottawa : Institut, 2003, Figure 13. 811

Ivamy, E. R. Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 6th ed. London: Butterworths, 1993. 91

Jolowicz, J. A. "Court of Appeal or Court of Error?", [1991] *Cambridge L.J.* 54 478

Jolowicz, J. A. "The New Appeal: re-hearing or revision or what?" (2001), 20 *C.J.Q.* 7 477

Kernochan, John M. "Statutory Interpretation: An Outline of Method" (1976), 3 *Dal. L.J.* 333. 560

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 8th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2004. ..... 118, 129

Laberge, A., P. M. Bernard et P. A. Lamarche. « Relation entre le délai pré-opératoire pour une fracture de hanche, les complications post-opératoires et le risque de décès » (1997), 45 *Rev. Epidém. et Santé Publ.* 5. 846

Lajoie, Andrée. « L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser », dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech*. Montréal : Thémis, 1988, 163. 810

Laverdière, Marco. « Le cadre juridique canadien et québécois relatif au développement parallèle de services privés de santé et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (1998-1999), 29 *R.D.U.S.* 117. 824

Layton, David. "*R. v. Pilarinos*: Evaluating the Co-conspirators or Joint Venture Exception to the Hearsay Rule" (2002), 2 C.R. (6th) 293. 378

Lewis, Steven, et al. "Ending waiting-list mismanagement: principles and practice" (2000), 162 *C.M.A.J.* 1297. 885

Lock, G. F. "Labour Law, Parliamentary Staff and Parliamentary Privilege" (1983), 12 *Indus. L.J.* 28 695

Maingot, J. P. Joseph. *Le privilège parlementaire au Canada*, 2e éd. Montréal : Presses universitaires McGill-Queen's, 1997. 686

PAGE

Maingot, J. P. Joseph. *Parliamentary Privilege in Canada*, 2nd ed. Montréal: McGill-Queen's University Press, 1997. 686

Marmor, Theodore R. *Expert Witness Report*, November 1998. 888

Mayo, Nancy E., et al. "Waiting time for breast cancer surgery in Quebec" (2001), 164 *C.M.A.J.* 1133. 885

Morel, André. « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction » (1986), 17 *R.D.U.S.* 49. ..... 814, 908

New Oxford Dictionary of English. Oxford: Clarendon Press, 1998, "gypsy", "rom", "romany". 111

Nouveau Petit Robert. Paris : Le Robert, 2003, « accès ». 12

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Consumer Warranties and Guarantees in the Sale of Goods*. Toronto: Department of Justice, 1972. 661

Organisation mondiale de la Santé. *Rapport sur la santé dans le monde 1999 : Pour un réel changement*. OMS, 1999. 903

Organisation mondiale du commerce. Rapport du Groupe spécial, « Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques », Plainte des Communautés européennes et de leurs États membres, Doc. OMC WT/DS114/R, le 17 mars 2000. ..... 562, 592

Orlhac, Thierry. « Les nouvelles dispositions de la loi canadienne sur les brevets en ce qui concerne l'octroi de licences obligatoires dans le domaine pharmaceutique ou Comment tomber de mal en pis » (1990), 6 *R.C.P.I.* 276. 545

Orlhac, Thierry. "The New Canadian Pharmaceutical Compulsory Licensing Provisions or How to Jump Out of the Frying Pan and Into the Fire" (1990), 6 *C.I.P.R.* 276. 545

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2002. 367

Perell, Paul M. "The Standard of Appellate Review and the Ironies of Housen v. Nikolaisen" (2004), 28 *Advocates' Q.* 40 510

Proulx, Jean-Pierre. « Les normes périjuridiques dans l'idéologie québécoise et canadienne en matière de langue d'enseignement » (1988), 19 *R.G.D.* 209. 210

Quebec. Commission d'étude sur les services de santé et les services sociaux. *Emerging Solutions: Report and Recommendations*. Québec: La Commission, 2001. ..... 840, 867

Québec. Commission d'étude sur les services de santé et les services sociaux. *Les solutions émergentes : Rapport et recommandations*. Québec : La Commission, 2000. ..... 840, 867

Québec. *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec : Rapport du groupe de travail*. Québec : Gouvernement du Québec, 1999. ..... 867, 889

Québec. Ministère de la Santé et des Services sociaux. *Pour un régime d'assurance médicaments équitable et viable*. Québec : Ministère de la Santé et des Services sociaux, 2001. 840

Quebec. Ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec et ministère de l'Emploi et de la Solidarité de la France. *Health Indicators: International Comparisons: 15 years of Evolution: Canada, France, Germany, Québec, United Kingdom, United States*. Québec: Publications du Québec, 1998. 835

Québec. Ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec et ministère de l'Emploi et de la Solidarité de la France. *Indicateurs sociosanitaires : comparaisons internationales : évolution 1980-1994 : Allemagne, Canada, États-Unis, France, Québec, Royaume-Uni*. Québec : Publications du Québec, 1998. 835

Québec. *Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social*, vol. IV, *La santé*, t. 1, *La situation actuelle*. Québec : Gouvernement du Québec, 1970. 866

PAGE

Québec. *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux*. Québec : Publications du Québec, 1988. 890

Quebec. *Report of the Commission of Inquiry on Health and Social Welfare*, vol. IV, *Health*, t. 1, *The Present Situation*. Quebec: Government of Quebec, 1970. 866

Rendall, James A. Annotation to *Krupich v. Safeco Insurance Co. of America* (1985), 16 C.C.L.I. 18. 60

Roach, Kent. "Dialogic Judicial Review and its Critics" (2004), 23 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 49. 837

Roberts, Julian V. "Pre-Trial Custody, Terms of Imprisonment and the Conditional Sentence: Crediting 'Dead Time' to Effect 'Regime Change' in Sentencing" (2005), 9 *Can. Crim. L. Rev.* 191. 759

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003. ..... 483, 733

Ryan, Claude. « L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés sur les droits linguistiques au Québec », [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 543. 219

Sanmartin, Claudia, et al. "Waiting for medical services in Canada: lots of heat, but little light" (2000), 162 *C.M.A.J.* 1305. 885

Saskatchewan. Legislative Assembly. *Debates and Proceedings (Hansard)*, 1st Sess., 24th Leg., June 7, 2000, pp. 1625-26. 411

Smith, Margaret. Étude générale. *Les produits pharmaceutiques et la protection accordée par les brevets*. Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, Division du droit et du gouvernement, BP-354F. Ottawa, novembre 1993. 570

Smith, Margaret. *Patent Protection for Pharmaceutical Products* (BP-354E). Background Paper. Library of Parliament, Research Branch, Law and Government Division. Ottawa: November 1993. 570

Smith, Margaret. *Patent Protection for Pharmaceutical Products in Canada — Chronology of Significant Events* (PRB 99-46E). Library of Parliament, Research Branch, Law and Government Division. Ottawa: March 30, 2000. 600

Smith, Margaret. *Protection des brevets pour les produits pharmaceutiques au Canada — Chronologie*. Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, Division du droit et du gouvernement, PRB 99-46F. Ottawa, le 30 mars 2000. 600

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999. ..... 111, 364

Stewart, Hamish. "Hearsay after *Starr*" (2002), 7 *Can. Crim. L.R.* 5. 378

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001. ..... 353, 378

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002. ..... 56, 225, 438, 461, 577

Takach, George Francis. *Patents: A Canadian compendium of law and practice*. Edmonton: Juriliber, 1993. 545

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, vol. 1, 3rd ed. New York: Foundation Press, 2000. 879

Tuohy, Carolyn Hughes, Colleen M. Flood and Mark Stabile. "How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations" (2004), 29 *J. Health Pol.* 359. 834

Turcotte, Fernand. *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada*. Laval : Faculté de médecine, Université Laval, novembre 1998. ..... 826, 887

United Kingdom. House of Commons. *First Report from the Committee of Privileges*, "Speaker's Order of 22 January 1987 on a Matter of National Security". Report, together with Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, and Appendices. London: H.M.S.O., 1987. 708

PAGE

United Kingdom. Parliament. Joint Committee on Parliamentary Privilege. *Report and Proceedings of the Committee*. London: H.M.S.O., 1999. 685

Whitzman, Stephen. "Proof of Conspiracy: The Co-conspirator's Exception to the Hearsay Rule" (1985-86), 28 *Crim. L.Q.* 203. 378

Wilcox, Peter R., and Daphne C. Ripley. "The Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations" (2000), 16 *C.I.P.R.* 429 610

World Health Organization. *The World Health Report 1999: Making a Difference*. WHO, 1999. 903

World Trade Organization. Report of the Panel, Canada — Patent Protection of Pharmaceutical Products, complaint by the European Communities and their member States, WTO Doc. WT/DS114/R, March 17, 2000 ..... 562, 592

Wright, Charles J. *Waiting Lists in Canada and the Potential Effects of Private Access to Health Care Services*. Report prepared for the Department of Justice, Canada. October 1998. 887

Zuckerman, Adrian A. S. *Civil Procedure*. London: LexisNexis UK, 2003. ..... 423, 454

Jacques Chaoulli and George Zeliotis *Appellants*

v.

Attorney General of Quebec and Attorney General of Canada *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of New Brunswick, Attorney General for Saskatchewan, Augustin Roy, Senator Michael Kirby, Senator Marjory Lebreton, Senator Catherine Callbeck, Senator Joan Cook, Senator Jane Cordy, Senator Joyce Fairbairn, Senator Wilbert Keon, Senator Lucie Pépin, Senator Brenda Robertson and Senator Douglas Roche, Canadian Medical Association and Canadian Orthopaedic Association, Canadian Labour Congress, Charter Committee on Poverty Issues and Canadian Health Coalition, Cambie Surgeries Corp., False Creek Surgical Centre Inc., Delbrook Surgical Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc., Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd., 4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery Associates Inc., Surgical Centres Inc., British Columbia Orthopaedic Association and British Columbia Anesthesiologists Society *Interveners*

Jacques Chaoulli et George Zeliotis *Appelants*

c.

Procureur général du Québec et procureur général du Canada *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Saskatchewan, Augustin Roy, Sénateur Michael Kirby, Sénatrice Marjory Lebreton, Sénatrice Catherine Callbeck, Sénatrice Joan Cook, Sénatrice Jane Cordy, Sénatrice Joyce Fairbairn, Sénateur Wilbert Keon, Sénatrice Lucie Pépin, Sénatrice Brenda Robertson et Sénateur Douglas Roche, Association médicale canadienne et Association canadienne d'orthopédie, Congrès du travail du Canada, Comité de la Charte et des questions de pauvreté et Coalition canadienne de la santé, Cambie Surgeries Corp., False Creek Surgical Centre Inc., Delbrook Surgical Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc., Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd., 4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery Associates Inc., Surgical Centres Inc., British Columbia Orthopaedic Association et British Columbia Anesthesiologists Society *Intervenants*

INDEXED AS: CHAOULLI *v.* QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2005 SCC 35.

File No.: 29272.

RÉPERTORIÉ : CHAOULLI *c.* QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2005 CSC 35.

N° du greffe : 29272.

2004: June 8; 2005: June 9.*

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Human rights — Right to life and to personal inviolability — Waiting times in public health system — Provincial legislation prohibiting Quebec residents from taking out insurance to obtain in private sector health care services already available under Quebec's public health care plan — Prohibition depriving Quebec residents of access to private health care services not coming with waiting times inherent in public system — Whether prohibition infringing rights to life and to personal inviolability guaranteed by s. 1 of Charter of Human Rights and Freedoms — If so, whether infringement can be justified under s. 9.1 of Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 9.1 — Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29, s. 15 — Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28, s. 11.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Waiting times in public health system — Provincial legislation prohibiting Quebec residents from taking out insurance to obtain in private sector health care services already available under Quebec's public health care plan — Prohibition depriving Quebec residents of access to private health care services not coming with waiting times inherent in public system — Whether prohibition constituting deprivation of rights to life, liberty and security of person guaranteed by s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms and, if so, whether deprivation in accordance with principles of fundamental justice — If there violation, whether it can be justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29, s. 15 — Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28, s. 11.

Over the years, Z experienced a number of health problems that prompted him to speak out against waiting times in Quebec's public health care system. C is a physician who has tried unsuccessfully to have his home-

* On August 4, 2005, the Court stayed the judgment for a period of 12 months from the date of the judgment.

2004 : 8 juin; 2005 : 9 juin*.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droits de la personne — Droit à la vie et à l'intégrité de la personne — Délais d'attente du système de santé public — Dispositions provinciales prohibant aux résidents du Québec de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services de santé déjà dispensés par le régime de santé public québécois — Prohibition empêchant les résidents du Québec d'avoir accès à des soins de santé privés qui ne sont pas assujettis aux délais d'attente inhérents au régime public — La prohibition porte-t-elle atteinte aux droits à la vie et à l'intégrité de la personne garantis par l'art. 1 de la Charte des droits et libertés de la personne? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable au regard de l'art. 9.1 de la Charte? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 9.1 — Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29, art. 15 — Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28, art. 11.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Délais d'attente du système de santé public — Dispositions provinciales prohibant aux résidents du Québec de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services de santé déjà dispensés par le régime de santé public québécois — Prohibition empêchant les résidents du Québec d'avoir accès à des soins de santé privés qui ne sont pas assujettis aux délais d'attente inhérents au régime public — La prohibition porte-t-elle atteinte aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et liberté et, dans l'affirmative, cette atteinte est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? — S'il y a contravention, est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29, art. 15 — Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28, art. 11.

Z souffre, au fil des ans, de plusieurs problèmes de santé qui l'amènent à dénoncer les délais du système de santé public québécois. C est médecin et tente sans succès de faire reconnaître ses activités de médecine à

* Le 4 août 2005, la Cour a suspendu le jugement pour une période de 12 mois à compter de la date du jugement.

delivered medical activities recognized and to obtain a licence to operate an independent private hospital. By means of a motion for a declaratory judgment, the appellants, Z and C, contested the validity of the prohibition on private health insurance provided for in s. 15 of the *Health Insurance Act* ("*HEIA*") and s. 11 of the *Hospital Insurance Act* ("*HOIA*"). They contended that the prohibition deprives them of access to health care services that do not come with the waiting times inherent in the public system. They claimed, *inter alia*, that s. 15 *HEIA* and s. 11 *HOIA* violate their rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 1 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. The Superior Court dismissed the motion for a declaratory judgment. In the court's view, even though the appellants had demonstrated a deprivation of the rights to life, liberty and security of the person guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter*, this deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice. The Court of Appeal affirmed that decision.

Held (Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed. Section 15 *HEIA* and s. 11 *HOIA* are inconsistent with the *Quebec Charter*.

Per Deschamps J.: In the case of a challenge to a Quebec statute, it is appropriate to look first to the rules that apply specifically in Quebec before turning to the *Canadian Charter*, especially where the provisions of the two charters produce cumulative effects, but where the rules are not identical. Given the absence in s. 1 of the *Quebec Charter* of the reference to the principles of fundamental justice found in s. 7 of the *Canadian Charter*, the scope of the *Quebec Charter* is potentially broader than that of the *Canadian Charter*, and this characteristic should not be disregarded. What is more, it is clear that the protection of s. 1 of the *Quebec Charter* is not limited to situations involving the administration of justice. [26-33]

In the instant case, the trial judge's conclusion that s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* constitute a deprivation of the rights to life and security of the person protected by s. 7 of the *Canadian Charter* applies in full to the rights to life and to personal inviolability protected by s. 1 of the *Quebec Charter*. The evidence shows that, in the case of certain surgical procedures, the delays that are the necessary result of waiting lists increase the patient's risk of mortality or the risk that his or her injuries will become irreparable. The evidence also shows that many patients on non-urgent waiting lists are in pain and cannot fully enjoy any real quality of life. The right to life and to personal inviolability is therefore affected by the waiting times. [38-43]

domicile et d'obtenir un permis pour exploiter un hôpital privé indépendant. Par requête en jugement déclaratoire, les appelants Z et C contestent la validité de la prohibition de l'assurance maladie privée que prévoient les art. 15 de la *Loi sur l'assurance maladie* (« *LAM* ») et 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* (« *LAH* »). Ils font valoir que cette prohibition les prive de soins de santé qui ne sont pas assujettis aux délais d'attente inhérents au régime public. Ils estiment notamment que les art. 15 *LAM* et 11 *LAH* portent atteinte aux droits qui leur sont garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. La Cour supérieure rejette la requête en jugement déclaratoire. La cour est d'avis que, même si les appelants ont démontré l'existence d'une atteinte aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne*, cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. La Cour d'appel confirme cette décision.

Arrêt (les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. Les articles 15 *LAM* et 11 *LAH* sont incompatibles avec la *Charte québécoise*.

La juge Deschamps : En cas de contestation d'une loi québécoise, il convient de faire appel d'abord aux règles spécifiquement québécoises avant d'avoir recours à la *Charte canadienne*, surtout lorsque les dispositions des deux chartes sont susceptibles de produire des effets cumulatifs mais que les règles ne sont pas identiques. Vu l'absence à l'art. 1 de la *Charte québécoise* de la mention des principes de justice fondamentale incluse à l'art. 7 de la *Charte canadienne*, la portée de la *Charte québécoise* est potentiellement plus large que celle de la *Charte canadienne* et cette caractéristique ne devrait pas être éludée. En outre, il est clair que la protection de l'art. 1 de la *Charte québécoise* ne se limite pas au contexte de l'administration de la justice. [26-33]

En l'espèce, les conclusions de la juge de première instance, selon lesquelles les art. 11 *LAH* et 15 *LAM* portent atteinte aux droits à la vie et à la sécurité de la personne garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne*, s'appliquent intégralement aux droits à la vie et à l'intégrité de la personne protégés par l'art. 1 de la *Charte québécoise*. La preuve révèle que, pour certaines chirurgies, les délais inhérents aux listes d'attente augmentent le risque de mortalité du patient ou d'irrémédiabilité de ses blessures. La preuve révèle également que les patients inscrits sur les listes d'attente non urgente sont souvent des personnes qui souffrent et qui ne peuvent pas profiter pleinement d'une véritable qualité de vie. Le droit à la vie et à l'intégrité de la personne est donc touché par les délais d'attente. [38-43]

The infringement of the rights protected by s. 1 is not justified under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. The general objective of the *HOIA* and the *HEIA* is to promote health care of the highest possible quality for all Quebeckers regardless of their ability to pay. The purpose of the prohibition on private insurance in s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* is to preserve the integrity of the public health care system. Preservation of the public plan is a pressing and substantial objective, but there is no proportionality between the measure adopted to attain the objective and the objective itself. While an absolute prohibition on private insurance does have a rational connection with the objective of preserving the public plan, the Attorney General of Quebec has not demonstrated that this measure meets the minimal impairment test. It cannot be concluded from the evidence concerning the Quebec plan or the plans of the other provinces of Canada, or from the evolution of the systems of various OECD countries that an absolute prohibition on private insurance is necessary to protect the integrity of the public plan. There are a wide range of measures that are less drastic and also less intrusive in relation to the protected rights. [49-58] [68] [83-84]

This is not a case in which the Court must show deference to the government's choice of measure. The courts have a duty to rise above political debate. When, as in the case at bar, the courts are given the tools they need to make a decision, they should not hesitate to assume their responsibilities. Deference cannot lead the judicial branch to abdicate its role in favour of the legislative branch or the executive branch. While the government has the power to decide what measures to adopt, it cannot choose to do nothing in the face of a violation of Quebeckers' right to security. Inertia cannot be used as an argument to justify deference. [87-89] [97]

Per McLachlin C.J. and Major and Bastarache JJ.: The conclusion of Deschamps J. that the prohibition on private health insurance violates s. 1 of the *Quebec Charter* and is not justifiable under s. 9.1 is agreed with. The prohibition also violates s. 7 of the *Canadian Charter* and is not justifiable under s. 1. [102]

While the decision about the type of health care system Quebec should adopt falls to the legislature of that province, the resulting legislation, like all laws, must comply with the *Canadian Charter*. Here, it is common ground that the effect of the prohibition on private health insurance set out in s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* is to allow only the very rich, who can afford private health care without need of insurance, to secure private care in order to avoid

L'atteinte aux droits protégés par l'art. 1 n'est pas justifiée au regard de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. L'objectif général de la *LAH* et de la *LAM* est de promouvoir, pour tous les Québécois, des soins de santé de la meilleure qualité possible, sans égard à leur capacité de payer. La prohibition de l'assurance privée que prévoient les art. 11 *LAH* et 15 *LAM* vise à préserver l'intégrité du régime de santé public. La préservation du régime public est un objectif urgent et réel, mais la mesure choisie pour y parvenir n'est pas proportionnée à cet objectif. Même si la prohibition absolue des assurances privées a un lien rationnel avec l'objectif de préservation du régime public, le procureur général du Québec n'a pas démontré que cette mesure satisfait au critère de l'atteinte minimale. Ni l'examen de la preuve concernant le régime québécois ou ceux en vigueur dans les autres provinces canadiennes, ni l'évolution des systèmes de plusieurs pays de l'OCDE ne permettent de conclure que la prohibition absolue des assurances privées est nécessaire pour protéger l'intégrité du régime public. Il existe toute une gamme de mesures moins draconiennes et moins attentatoires aux droits protégés. [49-58] [68] [83-84]

Il ne s'agit pas d'une affaire où la Cour doit faire montre de déférence à l'égard de la mesure choisie par le gouvernement. Les tribunaux ont le devoir de s'élever au-dessus du débat politique. Lorsque, comme en l'espèce, les tribunaux disposent des outils nécessaires pour prendre une décision, ils ne doivent pas hésiter à assumer leurs responsabilités. La déférence ne saurait entraîner l'abdication par le pouvoir judiciaire de son rôle devant le pouvoir législatif ou exécutif. Le gouvernement a certes le choix des moyens, mais il n'a pas celui de ne pas réagir devant la violation du droit à la sécurité des Québécois. L'inertie ne peut servir d'argument pour justifier la déférence. [87-89] [97]

La juge en chef McLachlin et les juges Major et Bastarache : Il y a accord avec la conclusion de la juge Deschamps selon laquelle la prohibition de souscrire une assurance maladie privée contrevient à l'art. 1 de la *Charte québécoise* et n'est pas justifiable au regard de l'art. 9.1. La prohibition contrevient également à l'art. 7 de la *Charte canadienne* et n'est pas justifiée au regard de l'article premier de ce texte. [102]

Bien qu'il appartienne au législateur québécois de décider du genre de système de santé qui doit être adopté au Québec, la mesure législative qui s'ensuit doit, comme toutes les règles de droit, être conforme à la *Charte canadienne*. En l'espèce, il est reconnu que l'interdiction de souscrire une assurance que prévoient les art. 11 *LAH* et 15 *LAM* fait en sorte que seuls les gens très riches, qui n'ont pas besoin d'assurance, ont accès à des soins

any delays in the public system. Given the prohibition, most Quebeckers have no choice but to accept any delays in the public health regime and the consequences this entails. [104-111] [119]

The evidence in this case shows that delays in the public health care system are widespread, and that, in some serious cases, patients die as a result of waiting lists for public health care. The evidence also demonstrates that the prohibition against private health insurance and its consequence of denying people vital health care result in physical and psychological suffering that meets a threshold test of seriousness. [112] [123]

Where lack of timely health care can result in death, the s. 7 protection of life is engaged; where it can result in serious psychological and physical suffering, the s. 7 protection of security of the person is triggered. In this case, the government has prohibited private health insurance that would permit ordinary Quebeckers to access private health care while failing to deliver health care in a reasonable manner, thereby increasing the risk of complications and death. In so doing, it has interfered with the interests protected by s. 7 of the *Canadian Charter*. [123-124]

Section 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* are arbitrary, and the consequent deprivation of the interests protected by s. 7 is therefore not in accordance with the principles of fundamental justice. In order not to be arbitrary, a limit on life, liberty or security of the person requires not only a theoretical connection between the limit and the legislative goal, but a real connection on the facts. The task of the courts, on s. 7 issues as on others, is to evaluate the issue in the light, not just of common sense or theory, but of the evidence. Here, the evidence on the experience of other western democracies with public health care systems that permit access to private health care refutes the government's theory that a prohibition on private health insurance is connected to maintaining quality public health care. It does not appear that private participation leads to the eventual demise of public health care. [126-131] [139] [149-150]

The breach of s. 7 is not justified under s. 1 of the *Canadian Charter*. The government undeniably has an interest in protecting the public health regime but, given that the evidence falls short of demonstrating

de santé privés leur permettant d'éviter les délais du système public. À cause de la prohibition, la plupart des Québécois n'ont d'autre choix que d'accepter les délais du système public de santé et les conséquences s'y rattachant. [104-111] [119]

En l'espèce, la preuve démontre que les délais du système public sont répandus et que, dans des cas graves, des patients meurent en raison de listes d'attente pour la prestation de soins de santé publics. La preuve établit également que la prohibition de souscrire une assurance maladie privée — et le fait que des personnes soient en conséquence de celle-ci privées de soins vitaux — entraîne des souffrances physiques et psychologiques qui satisfont à un critère de sériosité. [112] [123]

Lorsque l'impossibilité d'avoir accès en temps opportun à des soins médicaux risque d'entraîner le décès d'une personne, la protection de la vie prévue à l'art. 7 entre en jeu; lorsqu'elle risque d'entraîner des souffrances physiques et psychologiques, c'est la protection de la sécurité de la personne prévue au même article qui intervient. Dans la présente affaire, le gouvernement prohibe l'achat d'assurances maladie privées qui permettraient aux Québécois ordinaires d'obtenir des soins de santé privés, mais omet d'offrir un accès raisonnable à des soins de santé, accroissant ainsi les risques de complications et de mortalité. Ce faisant, il porte atteinte aux droits que protège l'art. 7 de la *Charte canadienne*. [123-124]

Les articles 11 *LAH* et 15 *LAM* ont un caractère arbitraire et l'atteinte causée par ces dispositions aux droits protégés par l'art. 7 n'est en conséquence pas conforme aux principes de justice fondamentale. Pour ne pas être arbitraire, la restriction apportée à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne requiert l'existence non seulement d'un lien théorique entre elle et l'objectif du législateur, mais encore d'un lien véritable d'après les faits. Les tribunaux appelés à trancher les questions relatives à l'art. 7 doivent, comme pour toute autre question, procéder à une évaluation fondée sur la preuve et non seulement sur le bon sens ou des théories. En l'espèce, la preuve concernant la situation dans d'autres démocraties occidentales, où le système de santé public permet l'accès aux soins privés, réfute la théorie du gouvernement voulant que l'interdiction de souscrire une assurance privée soit liée au maintien de soins de santé publics de qualité. La participation du secteur privé ne paraît pas entraîner, en fin de compte, la disparition des soins de santé publics. [126-131] [139] [149-150]

La contravention de l'art. 7 de la *Charte canadienne* n'est pas justifiée au regard de l'article premier de ce texte. Il est indéniable que le gouvernement a intérêt à protéger le régime de santé public. Toutefois, en l'absence

that the prohibition on private health insurance protects the public health care system, a rational connection between the prohibition on private health insurance and the legislative objective is not made out. In addition, on the evidence, the prohibition goes further than would be necessary to protect the public system and is thus not minimally impairing. Finally, the benefits of the prohibition do not outweigh its deleterious effects. The physical and psychological suffering and risk of death that may result from the prohibition on private health insurance outweigh whatever benefit — and none has been demonstrated here — there may be to the system as a whole. [154-157]

Per Binnie, LeBel and Fish JJ. (dissenting): The question in this appeal is whether the province of Quebec not only has the constitutional authority to establish a comprehensive single-tier health plan, but to discourage a second (private) tier health sector by prohibiting the purchase and sale of private health insurance. This issue has been the subject of protracted debate in Quebec and across Canada through several provincial and federal elections. The debate cannot be resolved as a matter of constitutional law by judges. [161]

Canadian Charter interests under s. 7 are enumerated as life, liberty and security of the person. The trial judge found that the current state of the Quebec health system, linked to the prohibition against health insurance for insured services, is capable, at least in the cases of some individuals on some occasions, of putting at risk their life or security of the person. The courts can use s. 7 of the *Canadian Charter* to pre-empt the ongoing public debate only if the current health plan violates an established "principle of fundamental justice". That is not the case here. [164] [200]

The public policy objective of "health care of a reasonable standard within a reasonable time" is not a legal principle of fundamental justice. There is no "societal consensus" about what this non-legal standard means or how to achieve it. It will be very difficult for those designing and implementing a health plan to predict when judges will think its provisions cross the line from what is "reasonable" into the forbidden territory of what is "unreasonable". [209]

A deprivation of a right will be arbitrary, and will thus infringe s. 7, if it bears no relation to, or is inconsistent with, the state interest that lies behind the legislation. Quebec's legislative objective is to provide high-quality health care, at a reasonable cost, for as many people as

de preuve que la prohibition des assurances maladie privées protège le système de santé public, le lien rationnel entre l'interdiction et l'objectif visé par la loi n'est pas établi. En outre, compte tenu de la preuve, la prohibition va au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger le système public et ne constitue donc pas une atteinte minimale. Enfin, les avantages de la prohibition ne l'emportent pas sur ses effets préjudiciables. Les souffrances physiques et psychologiques et le risque de mortalité qui peuvent découler de la prohibition des assurances santé privées l'emportent sur tout avantage (dont l'existence ne nous a pas été démontrée en l'espèce) susceptible de résulter pour l'ensemble du système. [154-157]

Les juges Binnie, LeBel et Fish (dissidents) : Dans le présent pourvoi, notre Cour doit décider si la Constitution habilite la province de Québec non seulement à établir un régime de santé complet unique, mais également à empêcher la création d'un secteur de la santé parallèle (privé) en interdisant la souscription et la vente d'assurance maladie privée. Cette question a longuement été débattue partout au Québec et ailleurs au Canada durant plusieurs campagnes électorales fédérales et provinciales. Le débat ne peut pas être tranché par la voie judiciaire, comme s'il s'agissait d'un simple problème de droit constitutionnel. [161]

L'article 7 de la *Charte canadienne* garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. La juge de première instance a conclu que l'état actuel du système de santé québécois, lié à l'interdiction de souscrire une assurance maladie pour des services assurés, peut compromettre la vie ou la sécurité de la personne de certains individus dans certaines circonstances tout au moins. Les tribunaux ne peuvent recourir à l'art. 7 de la *Charte canadienne*, pour court-circuiter les débats publics sur la question, que si le régime de santé actuel viole un « principe de justice fondamentale » reconnu. Ce n'est pas le cas en l'espèce. [164] [200]

L'objectif de politique générale d'« accès dans un délai raisonnable à des soins de santé [. . .] de qualité raisonnable » n'est pas un principe juridique de justice fondamentale. Aucun « consensus dans la société » n'existe au sujet du sens de cet objectif ou de la façon de l'atteindre. Les concepteurs et les gestionnaires du régime de santé éprouveront d'énormes difficultés à prévoir dans quels cas les juges décideront que ses dispositions franchiront la ligne qui sépare ce qui est « raisonnable » du terrain interdit de ce qui est « déraisonnable ». [209]

L'atteinte à un droit devient arbitraire et contrevient ainsi à l'art. 7 lorsqu'elle est dépourvue de lien avec l'intérêt de l'État qui sous-tend la mesure législative en cause, ou lorsqu'elle est incompatible avec cet intérêt. L'objectif législatif du Québec est de veiller à ce que le

possible in a manner that is consistent with principles of efficiency, equity and fiscal responsibility. An overbuilt health system is no more in the larger public interest than a system that on occasion falls short. [232-236]

The Quebec health plan shares the policy objectives of the *Canada Health Act*, and the means adopted by Quebec to implement these objectives are not arbitrary. In principle, Quebec wants a health system where access is governed by need rather than wealth or status. To accomplish this objective, Quebec seeks to discourage the growth of private sector delivery of "insured" services based on wealth and insurability. The prohibition is thus rationally connected to Quebec's objective and is not inconsistent with it. In practical terms, Quebec bases the prohibition on the view that private insurance, and a consequent major expansion of private health services, would have a harmful effect on the public system. [237-240]

The view of the evidence taken by the trial judge supports that belief. She found that the expansion of private health care would undoubtedly have a negative impact on the public health system. The evidence indicates that a parallel private system will not reduce, and may worsen, the public waiting lists and will likely result in a decrease in government funding for the public system. In light of these findings, it cannot be said that the prohibition against private health insurance "bears no relation to, or is inconsistent with" the preservation of a health system predominantly based on need rather than wealth or status. Prohibition of private insurance is not "inconsistent" with the State interest; still less is it "unrelated" to it. People are free to dispute Quebec's strategy, but it cannot be said that the province's version of a single-tier health system, and the prohibition on private health insurance designed to protect that system, is a legislative choice that has been adopted "arbitrarily" by the Quebec National Assembly as that term has been understood to date in the *Canadian Charter* jurisprudence. [235-248] [256-258]

The limits on legislative action fixed by the *Quebec Charter* are no more favourable to the appellants' case than are those fixed by the *Canadian Charter*.

plus grand nombre possible de gens aient accès à des soins de santé de grande qualité à un coût raisonnable, et ce, d'une manière conforme aux principes d'efficacité, d'équité et de responsabilité financière. Un système de santé surdimensionné n'est pas plus dans l'intérêt public général qu'un système qui se trouve parfois dans l'incapacité d'offrir les services escomptés. [232-236]

Le régime de santé québécois partage les objectifs de politique générale de la *Loi canadienne sur la santé*, et les moyens que le Québec a choisis pour les réaliser ne sont pas arbitraires. En principe, le Québec veut que l'accès au système de santé soit fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social. Pour réaliser cet objectif, le Québec tente d'empêcher la croissance de la prestation, par le secteur privé, de services « assurés » qui serait fondée sur la capacité de payer et l'assurabilité. L'interdiction a donc un lien rationnel avec l'objectif du Québec et elle n'est pas incompatible avec cet objectif. En pratique, le Québec fonde l'interdiction sur l'opinion selon laquelle la présence de l'assurance privée et la multiplication importante des services de santé privés qu'elle provoquerait auraient un effet préjudiciable sur le système public. [237-240]

La perception que la juge de première instance avait de la preuve étaye cette opinion. La juge a conclu que l'accroissement des soins de santé privés aurait indubitablement un effet négatif sur le système de santé public. La preuve indique que, au lieu de contribuer à diminuer les listes d'attente du système public, un système privé parallèle risque de les aggraver et entraînera vraisemblablement une réduction du financement du système public par l'État. Compte tenu de ces conclusions, on ne saurait prétendre que l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée « n'a aucun lien ou est incompatible avec » le maintien d'un système de santé fondé principalement sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social. L'interdiction de souscrire une assurance privée n'est pas « incompatible » avec l'intérêt de l'État. On peut encore moins lui reprocher de n'avoir « aucun lien » avec cet intérêt. Tous sont libres de contester la stratégie du Québec, mais on ne saurait dire que le modèle de système de santé unique de la province, assorti d'une interdiction de souscrire une assurance maladie privée destinée à protéger ce système, constitue un choix législatif que l'Assemblée nationale du Québec a arrêté « arbitrairement » au sens que la jurisprudence relative à la *Charte canadienne* a donné à ce terme jusqu'à maintenant. [235-248] [256-258]

Les limites législatives fixées par la *Charte québécoise* ne sont pas plus favorables à la thèse des appelants que celles prévues par la *Charte canadienne*.

Section 1 of the *Quebec Charter*, in essence, covers about the same ground as s. 7 of the *Canadian Charter*, but it does not mention the principles of fundamental justice. Here, the prohibition against private insurance is justifiable under s. 9.1 of the *Quebec Charter*, which requires rights to be exercised with "proper regard" to "democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec". On the evidence, the exercise by the appellants of their claimed *Quebec Charter* rights to defeat the prohibition against private insurance would not have proper regard for "democratic values" or "public order", as the future of a publicly supported and financed single-tier health plan should be in the hands of elected representatives. Nor would it have proper regard for the "general well-being of the citizens of Québec", who are the designated beneficiaries of the health plan, and in particular for the well-being of the less advantaged Quebeckers. The evidence amply supports the validity of the prohibition of private insurance under the *Quebec Charter*: the objectives are compelling; a rational connection between the measure and the objective has been demonstrated, and the choice made by the National Assembly is within the range of options that are justifiable under s. 9.1. In respect of questions of social and economic policy, the minimal impairment test leaves a substantial margin of appreciation to the Quebec legislature. Designing, financing and operating the public health system of a modern democratic society remains a challenging task and calls for difficult choices. Shifting the design of the health system to the courts is not a wise outcome. [179] [271-276]

The safety valve (however imperfectly administered) of allowing Quebec residents to obtain essential health care outside the province when they are unable to receive the care in question at home in a timely manner is of importance. If, as the appellants claim, this safety valve is opened too sparingly, the courts are available to supervise enforcement of the rights of those patients who are directly affected by the decision on a case-by-case basis. [264]

Cases Cited

By Deschamps J.

Applied: *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **referred to:** *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, [1989] 1 S.C.R. 1532; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Singh v. Minister of Employment and*

Essentiellement, l'art. 1 de la *Charte québécoise* offre le même genre de protection que l'art. 7 de la *Charte canadienne*, sans toutefois mentionner les principes de justice fondamentale. En l'espèce, l'interdiction de souscrire une assurance privée est justifiable au regard de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*, qui exige que les droits s'exercent « dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Selon la preuve, l'exercice par les appelants des droits garantis par la *Charte québécoise* qu'ils revendiquent pour contrer l'interdiction de souscrire une assurance privée ne respecterait pas les « valeurs démocratiques » ou « l'ordre public », étant donné que l'avenir d'un régime de santé public unique doit dépendre de représentants élus. L'exercice de ces droits ne respecterait pas non plus le « bien-être général des citoyens du Québec », qui sont les bénéficiaires désignés du système de santé, et, en particulier, le bien-être des Québécois moins favorisés. La preuve étaye amplement la validité de l'interdiction de souscrire une assurance privée eu égard à la *Charte québécoise* : les objectifs sont impérieux; l'existence d'un lien rationnel entre la mesure et son objectif est démontrée; le choix fait par l'Assemblée nationale compte parmi la gamme d'options justifiables au regard de l'art. 9.1. Pour ce qui est des questions de politique socioéconomique, le critère de l'atteinte minimale laisse une marge de manœuvre importante au législateur québécois. La conception, le financement et l'exploitation d'un système de santé public dans une société démocratique moderne représentent un défi de taille qui oblige à faire des choix difficiles. Confier la conception du système de santé aux tribunaux ne représente pas un choix judicieux. [179] [271-276]

La soupape (si imparfaite soit-elle) de l'autorisation donnée à des résidents québécois d'aller se procurer en dehors de la province les soins de santé essentiels qu'ils sont incapables d'obtenir en temps opportun chez eux est importante. Si, comme le prétendent les appelants, cette soupape est utilisée trop parcimonieusement, les tribunaux demeurent là pour veiller, de manière ponctuelle, au respect des droits des patients touchés par cette décision. [264]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts appliqués : *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts mentionnés :** *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Singh c.*

Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Charles Bentley Nursing Home Inc. v. Ministre des Affaires sociales*, [1978] C.S. 30; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199.

By McLachlin C.J. and Major J.

Applied: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; **referred to:** *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By Binnie and LeBel JJ. (dissenting)

Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General), [2004] 3 S.C.R. 657, 2004 SCC 78; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *West Coast Hotel Co.*

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Charles Bentley Nursing Home Inc. c. Ministre des Affaires sociales*, [1978] C.S. 30; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Major

Arrêts appliqués : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; **arrêts mentionnés :** *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par les juges Binnie et LeBel (dissidents)

Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général), [2004] 3 R.C.S. 657, 2004 CSC 78; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *Renvoi : Motor Vehicle Act*

v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *Stein v. Tribunal administratif du Québec*, [1999] R.J.Q. 2416; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Godbout v. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting health services and social services, R.S.Q., c. S-4.2, ss. 5, 316, 346, 347 to 349, 350, 351, 352 to 370, 376 to 385, 437.

Alberta Health Care Insurance Act, R.S.A. 2000, c. A-20, s. 9(1).

Canada Health Act, R.S.C. 1985, c. C-6, s. 3.

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8 to 14, 12, 15, 24.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, preamble, ss. 1, 9.1, 52.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1417, 1457, 1458.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 55.

Constitution Act, 1867, ss. 91(11), 92(7), (13), (16).

Constitution Act, 1982, s. 52.

General Regulation — Medical Services Payment Act, N.B. Reg. 84-20, Sch. 2, s. (*n.1*).

Health Care Accessibility Act, R.S.O. 1990, c. H.3, s. 2.

Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29, ss. 1(*d*), (*e*), (*f*), 3, 10, 15, 22, 30.

Health Services and Insurance Act, R.S.N.S. 1989, c. 197, s. 29(2).

Health Services Insurance Act, R.S.M. 1987, c. H35, s. 95(1).

Health Services Payment Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-2, ss. 10, 10.1, 14.1.

Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28, ss. 2, 11.

Medical Care Insurance Act, 1999, S.N.L. 1999, c. M-5.1, s. 10(5).

Medical Care Insurance Insured Services Regulations, C.N.L.R. 21/96, s. 3.

Medical Services Payment Act, R.S.N.B. 1973, c. M-7, s. 2.01(*a*).

Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, c. 286, s. 18(2).

Regulation respecting the application of the Health Insurance Act, R.R.Q. 1981, c. A-29, ss. 23.1, 23.2.

de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486; *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *West Coast Hotel Co. c. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *Stein c. Tribunal administratif du Québec*, [1999] R.J.Q. 2416; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561.

Lois et règlements cités

Alberta Health Care Insurance Act, R.S.A. 2000, ch. A-20, art. 9(1).

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8 à 14, 12, 15, 24.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, préambule, art. 1, 9.1, 52.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1417, 1457, 1458.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 55.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III.

Health Services and Insurance Act, R.S.N.S. 1989, ch. 197, art. 29(2).

Health Services Payment Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-2, art. 10, 10.1, 14.1.

Loi canadienne sur la santé, L.R.C. 1985, ch. C-6, art. 3.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(11), 92(7), (13), (16).

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Loi sur l'accessibilité aux services de santé, L.R.O. 1990, ch. H.3, art. 2.

Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28, art. 2, 11.

Loi sur l'assurance-maladie, L.R.M. 1987, ch. H35, art. 95(1).

Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29, art. 1*d*), *e*), *f*), 3, 10, 15, 22, 30.

Loi sur le paiement des services médicaux, L.R.N.-B. 1973, ch. M-7, art. 2.01*a*).

Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-4.2, art. 5, 316, 346, 347 à 349, 350, 351, 352 à 370, 376 à 385, 437.

Medical Care Insurance Act, 1999, S.N.L. 1999, ch. M-5.1, art. 10(5).

Medical Care Insurance Insured Services Regulations, C.N.L.R. 21/96, art. 3.

Saskatchewan Medical Care Insurance Act, R.S.S. 1978, c. S-29, s. 18(1.1).

Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, ch. 286, art. 18(2).

Règlement d'application de la Loi sur l'assurance maladie, R.R.Q. 1981, ch. A-29, art. 23.1, 23.2.

Règlement général — Loi sur le paiement des services médicaux, Règl. du N.-B. 84-20, ann. 2, art. *n.1*).

Saskatchewan Medical Care Insurance Act, R.S.S. 1978, ch. S-29, art. 18(1.1).

Authors Cited

Armstrong, Wendy. *The Consumer Experience with Cataract Surgery and Private Clinics in Alberta: Canada's Canary in the Mine Shaft.* Edmonton: Consumers' Association of Canada (Alberta), 2000.

Bergman, Howard. *Expertise déposée par Howard Bergman*, novembre 1998.

Brunelle, Yvon. *Aspects critiques d'un rationnement planifié.* Québec: Ministère de la Santé et des Services sociaux, Direction de l'Évaluation, novembre 1993.

Canada. Commission on the Future of Health Care in Canada. *Building on Values: The Future of Health Care in Canada: Final Report.* Ottawa: The Commission, 2002.

Canada. Department of Finance. *Federal Support for Health Care: The Facts.* Ottawa: Department of Finance, September 2004.

Canada. Health Canada. *Waiting Lists and Waiting Times for Health Care in Canada: More Management!! More Money??* Ottawa: Health Canada, 1998.

Canada. National Advisory Council on Aging. *The NACA Position on the Privatization of Health Care.* Ottawa: NACA, 1997.

Canada. Royal Commission on Health Services. *Voluntary Medical Insurance and Prepayment.* Ottawa: Queen's Printer, 1965.

Canada. Senate. *The Health of Canadians — The Federal Role.* Final Report of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology. Ottawa: The Senate, 2002.

Canada. Senate. *The Health of Canadians — The Federal Role.* Interim Report of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology. Ottawa: The Senate, 2001-2002.

Canada. Statistics Canada. Health Analysis and Measurement Group. *Access to Health Care Services in Canada, 2001.* By Claudia Sanmartin, Christian Houle, Jean-Marie Berthelot and Kathleen White. Ottawa: Statistics Canada, 2002.

Canadian Health Services Research Foundation. *Mythbusters — Myth: A parallel private system would reduce waiting times in the public system.* Ottawa: Canadian Health Services Research Foundation, 2001.

Doctrine citée

Armstrong, Wendy. *The Consumer Experience with Cataract Surgery and Private Clinics in Alberta : Canada's Canary in the Mine Shaft.* Edmonton : Consumers' Association of Canada (Alberta), 2000.

Bergman, Howard. *Expertise déposée par Howard Bergman*, novembre 1998.

Brunelle, Yvon. *Aspects critiques d'un rationnement planifié.* Québec : Ministère de la Santé et des Services sociaux, Direction de l'Évaluation, novembre 1993.

Canada. Commission royale d'enquête sur les services de santé. *Assurance médicale privée et paiement par anticipation.* Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966.

Canada. Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada. *Guidé par nos valeurs : L'avenir des soins de santé au Canada : Rapport final.* Ottawa : La Commission, 2002.

Canada. Conseil consultatif national sur le troisième âge. *La position du CCNTA sur la privatisation des soins de santé.* Ottawa : CCNTA, 1997.

Canada. Ministère des Finances. *Participation fédérale au financement des soins de santé : les faits.* Ottawa : Ministère des Finances, septembre 2004.

Canada. Santé Canada. *Listes d'attente et temps d'attente pour des soins de santé au Canada : Plus de gestion!! Plus d'argent??* Ottawa : Santé Canada, 1998.

Canada. Sénat. *La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral.* Rapport final du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie. Ottawa : Le Sénat, 2002.

Canada. Sénat. *La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral.* Rapport intérimaire du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie. Ottawa : Le Sénat, 2001-2002.

Canada. Statistique Canada. Groupe d'analyse et de mesure de la santé. *Accès aux services de soins de santé au Canada, 2001.* Par Claudia Sanmartin, Christian Houle, Jean-Marie Berthelot et Kathleen White. Ottawa : Statistique Canada, 2002.

Choudhry, Sujit, and Robert Howse. « Constitutional Theory and The *Quebec Secession Reference* » (2000), 13 *Can. J. L. & Jur.* 143.

Canadian Institute for Information. *National Health Expenditure Trends, 1975-2003.* Ottawa: The Institute, 2003, Figure 13.

Choudhry, Sujit, and Robert Howse. "Constitutional Theory and The *Quebec Secession Reference*" (2000), 13 *Can. J. L. & Jur.* 143.

Davidov, Guy. "The Paradox of Judicial Deference" (2000-2001), 12 *N.J.C.L.* 133.

DeCoster, Carolyn, Leonard MacWilliam and Randy Walld. *Waiting Times for Surgery: 1997/98 and 1998/99 Update.* Winnipeg: Manitoba Centre for Health Policy and Evaluation, University of Manitoba, 2000.

DeNavas-Walt, Carmen, Bernadette D. Proctor and Robert J. Mills. *Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States: 2003.* U.S. Census Bureau, Washington: U.S. Government Printing Office, 2004.

Denis, Jean-Louis. *Un avenir pour le système public de santé.* Conférence régionale de l'Institut canadien de la retraite et des avantages sociaux "Notre système de santé, peut-on se le permettre?", septembre 1998.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2004, release 1).

Hurley, Jeremiah, et al. *Parallel Private Health Insurance in Australia: A Cautionary Tale and Lessons for Canada.* Canberra: Centre for Economic Policy Research, Research School of Social Sciences, Australian National University, 2002.

Laberge, A., P. M. Bernard and P. A. Lamarche. "Relationships between the delay before surgery for a hip fracture, postoperative complications and risk of death" (1997), 45 *Rev. Epidém. et Santé Publ.* 5.

Lajoie, Andrée. "L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser", dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech.* Montréal: Thémis, 1988, 163.

Laverdière, Marco. "Le cadre juridique canadien et québécois relatif au développement parallèle de services privés de santé et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*" (1998-1999), 29 *R.D.U.S.* 117.

Lewis, Steven, et al. "Ending waiting-list mismanagement: principles and practice" (2000), 162 *C.M.A.J.* 1297.

Marmor, Theodore R. *Expert Witness Report*, November 1998.

Mayo, Nancy E., et al. "Waiting time for breast cancer surgery in Quebec" (2001), 164 *C.M.A.J.* 1133.

Davidov, Guy. « The Paradox of Judicial Deference » (2000-2001), 12 *R.N.D.C.* 133.

DeCoster, Carolyn, Leonard MacWilliam and Randy Walld. *Waiting Times for Surgery : 1997/98 and 1998/99 Update.* Winnipeg : Manitoba Centre for Health Policy and Evaluation, University of Manitoba, 2000.

DeNavas-Walt, Carmen, Bernadette D. Proctor and Robert J. Mills. *Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States : 2003.* U.S. Census Bureau, Washington : U.S. Government Printing Office, 2004.

Denis, Jean-Louis. *Un avenir pour le système public de santé.* Conférence régionale de l'Institut canadien de la retraite et des avantages sociaux « Notre système de santé, peut-on se le permettre? », septembre 1998.

Fondation canadienne de la recherche sur les services de santé. *À bas les mythes — Mythe : Un système privé parallèle réduirait les temps d'attente dans le système public.* Ottawa : Fondation canadienne de la recherche sur les services de santé, 2001.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2004, release 1).

Hurley, Jeremiah, et al. *Parallel Private Health Insurance in Australia : A Cautionary Tale and Lessons for Canada.* Canberra : Centre for Economic Policy Research, Research School of Social Sciences, Australian National University, 2002.

Institut canadien d'information sur la santé. *Tendances des dépenses nationales de santé, 1975-2003.* Ottawa : Institut, 2003, Figure 13.

Laberge, A., P. M. Bernard et P. A. Lamarche. « Relation entre le délai pré-opératoire pour une fracture de hanche, les complications post-opératoires et le risque de décès » (1997), 45 *Rev. Epidém. et Santé Publ.* 5.

Lajoie, Andrée. « L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser », dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech.* Montréal : Thémis, 1988, 163.

Laverdière, Marco. « Le cadre juridique canadien et québécois relatif au développement parallèle de services privés de santé et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (1998-1999), 29 *R.D.U.S.* 117.

Lewis, Steven, et al. « Ending waiting-list mismanagement : principles and practice » (2000), 162 *J.A.M.C.* 1297.

Marmor, Theodore R. *Expert Witness Report*, novembre 1998.

Morel, André. "La coexistence des Chartes canadienne et québécoise: problèmes d'interaction" (1986), 17 *R.D.U.S.* 49.

Quebec. Commission d'étude sur les services de santé et les services sociaux. *Emerging Solutions: Report and Recommendations.* Québec: La Commission, 2001.

Quebec. Conseil de la santé et du bien-être. *Rapport: Le financement privé des services médicaux et hospitaliers.* Québec: Conseil de la santé et du bien-être, 2003.

Quebec. *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec: Constats et recommandations sur les pistes à explorer: Synthèse.* Québec: Gouvernement du Québec, 1999.

Quebec. *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec: Rapport du groupe de travail.* Québec: Gouvernement du Québec, 1999.

Quebec. Ministère de la Santé et des Services sociaux. *Pour un régime d'assurance médicaments équitable et viable.* Québec: Ministère de la Santé et des Services sociaux, 2001.

Quebec. Ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec et ministère de l'Emploi et de la Solidarité de la France. *Health Indicators: International Comparisons: 15 years of Evolution: Canada, France, Germany, Québec, United Kingdom, United States.* Québec: Publications du Québec, 1998.

Quebec. *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux.* Québec: Publications du Québec, 1988.

Quebec. *Report of the Commission of Inquiry on Health and Social Welfare*, vol. IV, *Health*, t. 1, *The Present Situation.* Quebec: Government of Quebec, 1970.

Roach, Kent. "Dialogic Judicial Review and its Critics" (2004), 23 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 49.

Sanmartin, Claudia, et al. "Waiting for medical services in Canada: lots of heat, but little light" (2000), 162 *C.M.A.J.* 1305.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, vol. 1, 3rd ed. New York: Foundation Press, 2000.

Tuohy, Carolyn Hughes, Colleen M. Flood and Mark Stabile. "How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations" (2004), 29 *J. Health Pol.* 359.

Turcotte, Fernand. *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada.* Laval: Faculté de médecine, Université Laval, novembre 1998.

World Health Organization. *The World Health Report 1999: Making a Difference.* WHO, 1999.

Mayo, Nancy E., et al. « Waiting time for breast cancer surgery in Quebec » (2001), 164 *J.A.M.C.* 1133.

Morel, André. « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction » (1986), 17 *R.D.U.S.* 49.

Organisation mondiale de la Santé. *Rapport sur la santé dans le monde 1999 : Pour un réel changement.* OMS, 1999.

Québec. Commission d'étude sur les services de santé et les services sociaux. *Les solutions émergentes : Rapport et recommandations.* Québec : La Commission, 2000.

Québec. Conseil de la santé et du bien-être. *Rapport : Le financement privé des services médicaux et hospitaliers.* Québec : Conseil de la santé et du bien-être, 2003.

Québec. *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec : Constats et recommandations sur les pistes à explorer : Synthèse.* Québec : Gouvernement du Québec, 1999.

Québec. *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec : Rapport du groupe de travail.* Québec : Gouvernement du Québec, 1999.

Québec. Ministère de la Santé et des Services sociaux. *Pour un régime d'assurance médicaments équitable et viable.* Québec : Ministère de la Santé et des Services sociaux, 2001.

Québec. Ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec et ministère de l'Emploi et de la Solidarité de la France. *Indicateurs sociosanitaires : comparaisons internationales : évolution 1980-1994 : Allemagne, Canada, États-Unis, France, Québec, Royaume-Uni.* Québec : Publications du Québec, 1998.

Québec. *Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social*, vol. IV, *La santé*, t. 1, *La situation actuelle.* Québec : Gouvernement du Québec, 1970.

Québec. *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux.* Québec : Publications du Québec, 1988.

Roach, Kent. « Dialogic Judicial Review and its Critics » (2004), 23 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 49.

Sanmartin, Claudia, et al. « Waiting for medical services in Canada : lots of heat, but little light » (2000), 162 *J.A.M.C.* 1305.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, vol. 1, 3rd ed. New York : Foundation Press, 2000.

Tuohy, Carolyn Hughes, Colleen M. Flood and Mark Stabile. « How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations » (2004), 29 *J. Health Pol.* 359.

Wright, Charles J. *Waiting Lists in Canada and the Potential Effects of Private Access to Health Care Services.* Report prepared for the Department of Justice, Canada, October 1998.

APPEAL from judgments of the Quebec Court of Appeal (Brossard, Delisle and Forget JJ.A.), [2002] R.J.Q. 1205, [2002] Q.J. No. 759 (QL) and [2002] Q.J. No. 763 (QL), affirming a decision of Piché J., [2000] R.J.Q. 786, [2000] Q.J. No. 479 (QL). Appeal allowed, Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting.

Jacques Chaoulli, on his own behalf.

Bruce W. Johnston and *Philippe H. Trudel*, for the appellant George Zeliotis.

Patrice Claude, Robert Monette, Dominique A. Jobin, Ariel G. Boileau and *Manon Des Ormeaux*, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Jean-Marc Aubry, Q.C., and *René LeBlanc*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Janet E. Minor, Shaun Nakatsuru and *Laurel Montrose*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Gabriel Bourgeois, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Written submissions only by *Graeme G. Mitchell, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Written submissions only by the intervener Augustin Roy.

Earl A. Cherniak, Q.C., Stanley H. Hartt, Q.C., Patrick J. Monahan and *Valerie D. Wise*, for the interveners Senator Michael Kirby, Senator Marjory Lebreton, Senator Catherine Callbeck, Senator Joan Cook, Senator Jane Cordy, Senator Joyce Fairbairn, Senator Wilbert Keon, Senator Lucie

Turcotte, Fernand. *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada.* Laval : Faculté de médecine, Université Laval, novembre 1998.
Wright, Charles J. *Waiting Lists in Canada and the Potential Effects of Private Access to Health Care Services.* Rapport préparé pour le ministère de la Justice, Canada, octobre 1998.

POURVOI contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec (les juges Brossard, Delisle et Forget), [2002] R.J.Q. 1205, [2002] J.Q. nº 759 (QL) et [2002] J.Q. nº 763 (QL), qui ont confirmé un jugement de la juge Piché, [2000] R.J.Q. 786, [2000] J.Q. nº 479 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents.

Jacques Chaoulli, en personne.

Bruce W. Johnston et *Philippe H. Trudel*, pour l'appelant George Zeliotis.

Patrice Claude, Robert Monette, Dominique A. Jobin, Ariel G. Boileau et *Manon Des Ormeaux*, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Jean-Marc Aubry, c.r., et *René LeBlanc*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Janet E. Minor, Shaun Nakatsuru et *Laurel Montrose*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Gabriel Bourgeois, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Argumentation écrite seulement par *Graeme G. Mitchell, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Argumentation écrite seulement par l'intervenant Augustin Roy.

Earl A. Cherniak, c.r., Stanley H. Hartt, c.r., Patrick J. Monahan et *Valerie D. Wise*, pour les intervenants Sénateur Michael Kirby, Sénatrice Marjory Lebreton, Sénatrice Catherine Callbeck, Sénatrice Joan Cook, Sénatrice Jane Cordy, Sénatrice Joyce Fairbairn, Sénateur Wilbert Keon, Sénatrice Lucie

Pépin, Senator Brenda Robertson and Senator Douglas Roche.

Guy J. Pratte, Freya Kristjanson, Carole Lucock and *Jean Nelson*, for the interveners the Canadian Medical Association and the Canadian Orthopaedic Association.

Written submissions only by *Steven Barrett, Steven Shrybman, Ethan Poskanzer* and *Vanessa Payne*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

Martha Jackman, for the interveners the Charter Committee on Poverty Issues and the Canadian Health Coalition.

Marvin R. V. Storrow, Q.C., and *Peter W. Hogg, Q.C.*, for the interveners Cambie Surgeries Corp., False Creek Surgical Centre Inc., Delbrook Surgical Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc., Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd., 4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery Associates Inc., Surgical Centres Inc., the British Columbia Orthopaedic Association and the British Columbia Anesthesiologists Society.

English version of the reasons delivered by

DESCHAMPS J. — Quebeckers are prohibited from taking out insurance to obtain in the private sector services that are available under Quebec's public health care plan. Is this prohibition justified by the need to preserve the integrity of the plan?

As we enter the 21st century, health care is a constant concern. The public health care system, once a source of national pride, has become the subject of frequent and sometimes bitter criticism. This appeal does not question the appropriateness of the state making health care available to all Quebeckers. On the contrary, all the parties stated that they support this kind of role for the government. Only the state can make available to all Quebeckers the social safety net consisting of universal and accessible health care. The demand for health care is constantly

Pépin, Sénatrice Brenda Robertson et Sénateur Douglas Roche.

Guy J. Pratte, Freya Kristjanson, Carole Lucock et *Jean Nelson*, pour les intervenantes l'Association médicale canadienne et l'Association canadienne d'orthopédie.

Argumentation écrite seulement par *Steven Barrett, Steven Shrybman, Ethan Poskanzer* et *Vanessa Payne*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Martha Jackman, pour les intervenants le Comité de la Charte et des questions de pauvreté et la Coalition canadienne de la santé.

Marvin R. V. Storrow, c.r., et *Peter W. Hogg, c.r.*, pour les intervenantes Cambie Surgeries Corp., False Creek Surgical Centre Inc., Delbrook Surgical Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc., Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd., 4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery Associates Inc., Surgical Centres Inc., British Columbia Orthopaedic Association et British Columbia Anesthesiologists Society.

Les motifs suivants ont été rendus par

LA JUGE DESCHAMPS — Il est interdit aux Québécois de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services dispensés par le régime de santé public québécois. Cette prohibition est-elle justifiée par le besoin de préserver l'intégrité de ce régime? 1

En ce début de 21e siècle, la santé est une préoccupation constante. Auparavant source de fierté nationale, le système de santé public est devenu l'objet de critiques, parfois acerbes. Le présent pourvoi ne met nullement en cause l'opportunité pour l'État de rendre les soins de santé accessibles à tous les Québécois. Au contraire, toutes les parties se sont déclarées en faveur d'une telle intervention gouvernementale. Seul l'État peut mettre à la disposition de tous les Québécois le filet de sécurité sociale que représentent les soins de santé universels et 2

increasing, and one of the tools used by governments to control this increase has been the management of waiting lists. The choice of waiting lists as a management tool falls within the authority of the state and not of the courts. The appellants do not claim to have a solution that will eliminate waiting lists. Rather, they submit that the delays resulting from waiting lists violate their rights under the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Quebec Charter*"), and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*"). They contest the validity of the prohibition in Quebec, as provided for in s. 15 of the *Health Insurance Act*, R.S.Q., c. A-29 ("*HEIA*"), and s. 11 of the *Hospital Insurance Act*, R.S.Q., c. A-28 ("*HOIA*"), on private insurance for health care services that are available in the public system. The appellants contend that the prohibition deprives them of access to health care services that do not come with the wait they face in the public system.

3 The two sections in issue read as follows:

15. No person shall make or renew a contract of insurance or make a payment under a contract of insurance under which an insured service is furnished or under which all or part of the cost of such a service is paid to a resident or a deemed resident of Québec or to another person on his behalf.

. . .

11. (1) No one shall make or renew, or make a payment under a contract under which

(*a*) a resident is to be provided with or to be reimbursed for the cost of any hospital service that is one of the insured services;

(*b*) payment is conditional upon the hospitalization of a resident; or

(*c*) payment is dependent upon the length of time the resident is a patient in a facility maintained by an institution contemplated in section 2.

4 In essence, the question is whether Quebeckers who are prepared to spend money to get access to health care that is, in practice, not accessible in the public sector because of waiting lists may be validly

accessibles. Par ailleurs, comme la demande pour les soins de santé est en progression constante, l'un des outils utilisés par les pouvoirs publics pour contrôler cette progression est la gestion des listes d'attente. Ce choix relève de l'État et non des tribunaux. Les appelants ne prétendent pas proposer une solution pour éliminer les listes d'attente. Ils font plutôt valoir que les délais inhérents aux listes d'attente portent atteinte aux droits qui leur sont garantis par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* »), et par la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* »). Ils contestent la validité de la prohibition, au Québec, de l'assurance privée pour des soins de santé offerts par le système public — prohibition prévue aux art. 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29 (« *LAM* »), et 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, L.R.Q., ch. A-28 (« *LAH* »). Les appelants plaident que la prohibition les empêche d'avoir accès à des soins de santé qui ne sont pas assujettis à l'attente qu'ils doivent subir dans le régime public.

Les deux articles en litige prévoient :

15. Nul ne doit faire ou renouveler un contrat d'assurance ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat d'assurance par lequel un service assuré est fourni ou le coût d'un tel service est payé à une personne qui réside ou est réputée résider au Québec ou à une autre personne pour son compte, en totalité ou en partie.

. . .

11. 1. Nul ne doit faire ou renouveler un contrat ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat par lequel

a) un service hospitalier compris dans les services assurés doit être fourni à un résident ou le coût doit lui en être remboursé;

b) l'hospitalisation d'un résident est la condition du paiement; ou

c) le paiement dépend de la durée du séjour d'un résident comme patient dans une installation maintenue par un établissement visé dans l'article 2.

Exprimée succinctement, la question est de savoir si les Québécois qui sont prêts à débourser pour avoir accès à des soins de santé qui sont, en pratique, inaccessibles dans le réseau public en raison

prevented from doing so by the state. For the reasons that follow, I find that the prohibition infringes the right to personal inviolability and that it is not justified by a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Quebec.

The validity of the prohibition is contested by the appellants, George Zeliotis and Jacques Chaoulli. Over the years, Mr. Zeliotis has experienced a number of health problems and has used medical services that were available in the public system, including heart surgery and a number of operations on his hip. The difficulties he encountered prompted him to speak out against waiting times in the public health care system. Mr. Chaoulli is a physician who has tried unsuccessfully to have his home-delivered medical activities recognized and to obtain a licence to operate an independent private hospital. Mr. Zeliotis and Mr. Chaoulli joined forces to apply to the court by way of motion for a declaration that s. 15 *HEIA* and s. 11 *HOIA* are unconstitutional and invalid. Mr. Chaoulli argues, first, that the prohibition is within the federal government's legislative jurisdiction in relation to criminal law and, second, that the prohibition violates the rights to life and to personal security, inviolability and freedom protected by s. 1 of the *Quebec Charter* and ss. 7, 12 and 15 of the *Canadian Charter*. The respondents contested the motion both in the Superior Court and in the Court of Appeal.

The Superior Court dismissed the motion for a declaratory judgment: [2000] R.J.Q. 786. With respect to the province's power to enact s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA*, Piché J. found that the purpose of the prohibition is to discourage the development of parallel private health care services and that it is not a criminal law matter.

On the subject of s. 7 of the *Canadian Charter*, she noted that according to this Court, its scope may include certain economic rights that are intimately connected with the right to life, liberty and security of the person. She found that the appellants had demonstrated a deprivation of the right to life,

des listes d'attente peuvent validement être empêchés de le faire par l'État. Pour les motifs qui suivent, je conclus que la prohibition porte atteinte à l'intégrité de la personne et qu'elle n'est pas justifiée par le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public ou par le bien-être général des citoyens du Québec.

5 La validité de la prohibition est contestée par les appelants George Zeliotis et Jacques Chaoulli. Monsieur Zeliotis a, au cours des années, souffert de plusieurs problèmes de santé et il a eu recours à des services médicaux offerts par le système public, dont une chirurgie cardiaque et plusieurs interventions chirurgicales à la hanche. Les difficultés qu'il a éprouvées l'ont amené à dénoncer les délais du système de santé public. De son côté, M. Chaoulli est un médecin qui a tenté sans succès de faire reconnaître ses activités de médecine à domicile et d'obtenir un permis pour exploiter un hôpital privé indépendant. Messieurs Zeliotis et Chaoulli ont uni leurs efforts et demandé au tribunal, par requête, de déclarer inconstitutionnels et invalides les art. 15 *LAM* et 11 *LAH*. Monsieur Chaoulli prétend, d'une part, que la prohibition relève de la compétence législative du gouvernement fédéral en matière de droit criminel et, d'autre part, que cette prohibition porte atteinte aux droits à la vie, à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de la personne protégés par l'art. 1 de la *Charte québécoise* et par les art. 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne*. Les intimés ont contesté la requête, tant en Cour supérieure qu'en Cour d'appel.

6 La Cour supérieure rejette la requête en jugement déclaratoire : [2000] R.J.Q. 786. Au sujet du pouvoir de la province d'adopter les art. 11 *LAH* et 15 *LAM*, la juge Piché conclut que la prohibition a pour but de décourager le développement de services de santé privés parallèles et ne relève pas du droit criminel.

7 Concernant l'art. 7 de la *Charte canadienne*, elle souligne que, selon notre Cour, cette disposition peut inclure certains droits de nature économique se rapportant intimement au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Elle estime que les appelants ont démontré l'existence d'une atteinte au droit

liberty and security of the person within the meaning of s. 7 of the *Canadian Charter*. Piché J. then considered whether this deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice. She was of the opinion that the purpose of the *HOIA* and the *HEIA* is to establish a public health system that is available to all residents of Quebec. The purpose of s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* is to guarantee that virtually all of Quebec's existing health care resources will be available to all residents of Quebec. In her opinion, the enactment of these provisions was motivated by considerations of equality and human dignity. She found no conflict with the general values expressed in the *Canadian Charter* or in the *Quebec Charter*. She did find that waiting lists are long and the health care system must be improved and transformed. In her opinion, however, the expert testimony could not serve to establish with certainty that a parallel health care system would solve all the current problems of waiting times and access.

8 In light of her conclusion regarding s. 7 of the *Canadian Charter*, Piché J. did not address the question of justification pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter*. However, she did express the opinion that the s. 1 analysis would show that the impugned provisions constitute a reasonable limit in a free and democratic society. Although the arguments based on the *Quebec Charter* were raised formally and expressly argued, and although this ground was mentioned at the start of the judgment, Piché J. did not address them in her analysis.

9 With respect to s. 12 of the *Canadian Charter*, Piché J. found that the state's role with regard to the prohibitions is not sufficiently active for the prohibitions to be considered a "treatment" within the meaning of the *Canadian Charter*.

10 The argument based on s. 15 of the *Canadian Charter* relates to place of residence. The prohibition does not apply to non-residents but does apply to residents. Piché J. found that in the circumstances of this case, place of residence is not used to devalue certain individuals or to perpetuate stereotypes. She found that the guarantee of protection against discrimination had not been violated.

à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne selon l'art. 7 de la *Charte canadienne*. La juge Piché analyse ensuite la conformité de l'atteinte aux principes de justice fondamentale. Elle est d'avis que la *LAH* et la *LAM* visent à établir un régime de santé public accessible à tous les résidents du Québec. Les articles 11 *LAH* et 15 *LAM* ont, eux, pour but de garantir que la quasi-totalité des ressources en santé existant au Québec soient mises à la disposition de l'ensemble de la population québécoise. Selon elle, l'adoption de ces articles a été motivée par des considérations d'égalité et de dignité humaine. Il n'y aurait pas de conflit avec les valeurs générales véhiculées par la *Charte canadienne* ou par la *Charte québécoise*. Elle retient que les listes d'attente sont longues et que le système de santé doit être amélioré et transformé. À son avis, les témoignages des experts n'ont cependant pas permis d'établir avec certitude que le système de santé parallèle réglerait tous les problèmes actuels de délais et d'accès.

Compte tenu de sa conclusion concernant l'art. 7 de la *Charte canadienne*, la juge Piché n'aborde pas la question de la justification en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*. Elle émet toutefois l'opinion que l'analyse prévue par l'article premier démontrerait que les dispositions attaquées constituent une limite raisonnable dans une société libre et démocratique. Quoique les arguments fondés sur la *Charte québécoise* aient été soulevés formellement et plaidés explicitement, et qu'il soit fait mention de ce moyen au début du jugement, la juge Piché n'en traite pas dans le corps de son analyse.

Au sujet de l'art. 12 de la *Charte canadienne*, la juge Piché estime que les prohibitions ne constituent pas une intervention suffisamment active de l'État pour être considérées comme un « traitement » au sens de la *Charte canadienne*.

L'argument fondé sur l'art. 15 de la *Charte canadienne* est lié au lieu de résidence. Les non-résidents ne sont pas assujettis à la prohibition alors que les résidents le sont. La juge Piché conclut que, dans les circonstances de l'affaire, le lieu de résidence ne sert pas à dévaloriser certains individus ou à perpétuer des stéréotypes. Elle estime qu'il n'y a pas de violation de la protection contre la discrimination.

The Court of Appeal dismissed the appeal: [2002] R.J.Q. 1205. The three judges wrote separate reasons. Delisle J.A. considered all the arguments addressed by the Superior Court. He disagreed with Piché J. regarding s. 7 of the *Canadian Charter*. According to Delisle J.A., the right affected by s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* is an economic right and is not fundamental to an individual's life. In addition, in his opinion, the appellants had not demonstrated a real, imminent or foreseeable deprivation. He was also of the view that s. 7 of the *Canadian Charter* may not be raised to challenge a societal choice in court. Forget J.A. essentially agreed with the Superior Court judge. Like Piché J., he found that the appellants had demonstrated a deprivation of their rights under s. 7 of the *Canadian Charter*, but that this deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice. Brossard J.A. agreed with Delisle J.A. regarding the economic nature of the right affected by s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA*. However, he felt that a risk to life or security resulting from a delay in obtaining medical services would constitute a deprivation within the meaning of s. 7 of the *Canadian Charter*. He declined to express an opinion as to whether this deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice. Although the arguments based on the *Quebec Charter* were mentioned in the notice of appeal and in Delisle J.A.'s statement of the grounds of appeal, none of the Court of Appeal judges addressed them.

11 La Cour d'appel rejette le pourvoi : [2002] R.J.Q. 1205. Les trois juges rédigent des motifs distincts. Le juge Delisle analyse tous les arguments dont la Cour supérieure traite. Il se dit en désaccord avec elle relativement à l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Il est d'avis que le droit mis en jeu par les art. 11 *LAH* et 15 *LAM* est économique et n'est pas fondamental à la vie de la personne. De plus, selon lui, les appelants n'ont pas établi l'existence d'une atteinte réelle, imminente ou prévisible. Il estime aussi que l'art. 7 de la *Charte canadienne* ne peut être invoqué pour remettre en question, devant les tribunaux, un choix de société. Le juge Forget, quant à lui, partage en substance les vues de la juge de la Cour supérieure. Comme elle, il conclut que les appelants ont démontré une atteinte aux droits que leur garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne*, mais que cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. Le juge Brossard se dit d'accord avec le juge Delisle sur la nature économique du droit touché par les art. 11 *LAH* et 15 *LAM*. Il estime cependant qu'un risque pour la vie ou la sécurité découlant d'un délai dans l'obtention de services médicaux constituerait une atteinte visée à l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Il s'abstient de se prononcer sur la conformité de l'atteinte aux principes de justice fondamentale. Bien que les arguments fondés sur la *Charte québécoise* soient mentionnés dans l'avis d'appel et notés dans l'exposé des moyens d'appel fait par le juge Delisle, aucun des juges de la Cour d'appel n'en traite.

The arguments based on the *Quebec Charter* were expressly raised before this Court.

12 Le moyen fondé sur la *Charte québécoise* est explicitement soulevé devant notre Cour.

Given that I have had the opportunity to read the reasons of Binnie and LeBel JJ., I think it would be appropriate to highlight the main points on which we agree and disagree before addressing the issues raised by the appellants.

13 Avant d'aborder les questions soulevées par les appelants, comme j'ai eu l'occasion de prendre connaissance de l'opinion des juges Binnie et LeBel, je crois utile de préciser les principaux points sur lesquels nous nous entendons et ceux sur lesquels nous sommes en désaccord.

As I mentioned at the beginning of my reasons, no one questions the need to preserve a sound public health care system. The central question raised by the appeal is whether the prohibition is justified by the need to preserve the integrity of the public system. In this regard, when my colleagues ask whether

14 Comme je le mentionne au début de mes motifs, personne ne conteste le besoin de préserver un système de santé public solide. D'ailleurs, la question centrale soulevée par le pourvoi est de savoir si la prohibition est justifiée par le besoin de préserver l'intégrité du système public. En ce sens, lorsque

Quebec has the power under the Constitution to discourage the establishment of a parallel health care system, I can only agree with them that it does. But that is not the issue in the appeal. The appellants do not contend that they have a constitutional right to private insurance. Rather, they contend that the waiting times violate their rights to life and security. It is the measure chosen by the government that is in issue, not Quebeckers' need for a public health care system.

15 To put the problem in context, the legislative framework of the impugned provisions must first be explained. Considering the provisions in their legislative context will make it possible to address the division of powers argument. I will then explain why, in my opinion, the case must first be considered from the standpoint of the *Quebec Charter*. Next, I will examine the appeal from the standpoint of s. 1 of the *Quebec Charter* before considering whether the prohibition is justified under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. Because I conclude that the *Quebec Charter* has been violated, it will not be necessary for me to consider the arguments based on the *Canadian Charter*.

I. Legislative Context

16 Although the federal government has express jurisdiction over certain matters relating to health, such as quarantine, and the establishment and maintenance of marine hospitals (s. 91(11) of the *Constitution Act, 1867*), it is in practice that it imposes its views on the provincial governments in the health care sphere by means of its spending power: *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 25; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, [1989] 1 S.C.R. 1532, at p. 1548; see also: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 6-15; A. Lajoie, "L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser", in *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech* (1988), 163, at pp. 164 *et seq.* In order to receive federal funds, a provincial plan must conform to the principles set out in the *Canada Health Act*, R.S.C.

mes collègues se demandent si le Québec a compétence, en vertu de la Constitution, pour décourager l'établissement d'un système de santé parallèle, je ne peux, comme eux, que répondre par l'affirmative. Mais ce n'est pas la question soulevée par le pourvoi. Les appelants ne prétendent pas disposer d'un droit constitutionnel à une assurance privée. Ils affirment plutôt que les délais d'attente violent leurs droits à la vie et à la sécurité. C'est la mesure gouvernementale choisie par le gouvernement qui est en cause, non le besoin des Québécois de bénéficier d'un système public de soins de santé.

Pour bien cerner le problème, il convient de situer les dispositions contestées dans leur contexte législatif. Cette mise en perspective permettra de traiter de l'argument fondé sur le partage des compétences. J'expliquerai par la suite pourquoi, selon moi, le dossier doit d'abord être étudié sous l'angle de la *Charte québécoise*. J'étudierai ensuite le dossier sous l'angle de l'art. 1 de la *Charte québécoise* avant de me demander si la prohibition est justifiée au regard de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Comme je conclus à la violation de la *Charte québécoise*, il ne me sera pas nécessaire d'examiner les arguments fondés sur la *Charte canadienne*.

I. Le contexte législatif

Quoique doté d'une compétence explicite sur certaines matières touchant la santé, comme la quarantaine, ainsi que l'établissement et l'entretien des hôpitaux de marine (par. 91(11) de la *Loi constitutionnelle de 1867*), c'est, en pratique, par le recours à son pouvoir de dépenser que le gouvernement fédéral impose ses vues aux gouvernements provinciaux en matière de santé : *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 25; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532, p. 1548; voir aussi : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 6-15; A. Lajoie, « L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser », dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech* (1988), 163, p. 164 et suiv. Pour pouvoir bénéficier des fonds fédéraux, les régimes provinciaux doivent respecter les

1985, c. C-6: it must be administered publicly, it must be comprehensive and universal, it must provide for portability from one province to another and it must be accessible to everyone. These broad principles have become the hallmarks of Canadian identity. Any measure that might be perceived as compromising them has a polarizing effect on public opinion. The debate about the effectiveness of public health care has become an emotional one. The Romanow Report stated that the *Canada Health Act* has achieved an iconic status that makes it untouchable by politicians (*Building on Values: The Future of Health Care in Canada: Final Report* (2002) (Romanow Report), at p. 60). The tone adopted by my colleagues Binnie and LeBel JJ. is indicative of this type of emotional reaction. It leads them to characterize the debate as pitting rich against poor when the case is really about determining whether a specific measure is justified under either the *Quebec Charter* or the *Canadian Charter*. I believe that it is essential to take a step back and consider these various reactions objectively. The *Canada Health Act* does not prohibit private health care services, nor does it provide benchmarks for the length of waiting times that might be regarded as consistent with the principles it lays down, and in particular with the principle of real accessibility.

In reality, a large proportion of health care is delivered by the private sector. First, there are health care services in respect of which the private sector acts, in a sense, as a subcontractor and is paid by the state. There are also many services that are not delivered by the state, such as home care or care provided by professionals other than physicians. In 2001, private sector services not paid for by the state accounted for nearly 30 percent of total health care spending (Canadian Institute for Health Information, *National Health Expenditure Trends, 1975-2003* (2003), at p. 16, Figure 13, "Public and Private Shares of Total Health Expenditure, by Use of Funds, Canada, 2001"). In the case of private sector services that are not covered by the public plan, Quebeckers may take out private insurance without the spectre of the two-tier system being evoked. The *Canada Health Act* is

principes énoncés à la *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6 : le régime doit être géré par une administration publique, il doit être intégral et universel, il doit prévoir la transférabilité d'une province à une autre et doit être accessible à tous. Ces grands principes sont devenus des porte-étendards de l'identité canadienne. Toute mesure qui pourrait être perçue comme ayant pour effet de les compromettre est source de polarisation de l'opinion publique. Le débat entourant l'efficacité des régimes publics est devenu émotif. Le rapport Romanow commente d'ailleurs que la *Loi canadienne sur la santé* a acquis un statut d'icône la mettant hors de portée des politiciens (*Guidé par nos valeurs : l'avenir des soins de santé au Canada : Rapport final* (2002) (Rapport Romanow), p. 64). Le ton utilisé par mes collègues les juges Binnie et LeBel laisse transparaître une telle réaction émotive. C'est ainsi qu'ils sont entraînés dans une qualification erronée du débat comme étant une confrontation entre les riches et les pauvres, alors qu'il s'agit d'un contrôle de la validité d'une mesure au regard de la *Charte québécoise* ou de la *Charte canadienne*. Je crois, quant à moi, qu'il est indispensable de prendre du recul par rapport à ces diverses réactions. La *Loi canadienne sur la santé* ne prohibe pas les services de santé privés, pas plus qu'elle ne fixe de balises quant à la durée de l'attente susceptible d'être jugée compatible avec les principes qu'elle énonce, particulièrement celui de l'accessibilité réelle.

17 En réalité, une grande partie des soins de santé relève du secteur privé. Il y a d'abord les services de santé pour lesquels le secteur privé agit, en quelque sorte, comme un sous-traitant et est rémunéré par l'État. Il y a aussi tous les services non dispensés par l'État, par exemple les soins à domicile ou les soins fournis par des professionnels autres que des médecins. En 2001, le secteur privé non rémunéré par l'État comptait à lui seul pour près de 30 pour 100 des dépenses totales de santé (Institut canadien d'information sur la santé, *Tendances des dépenses nationales de santé, 1975-2003* (2003), p. 16, figure 13, « Parts publique et privée du total des dépenses de santé, par affection de fonds, Canada, 2001 »). Pour les services privés non couverts par le régime public, les Québécois peuvent souscrire une assurance privée sans qu'on évoque le spectre

therefore only a general framework that leaves considerable latitude to the provinces. In analysing the justification for the prohibition, I will have occasion to briefly review some of the provisions of Canada's provincial plans. The range of measures shows that there are many ways to deal with the public sector/private sector dynamic without resorting to a ban.

18 The basis for provincial jurisdiction over health care is more clear. The *Constitution Act, 1867* provides that the provinces have jurisdiction over matters of a local or private nature (s. 92(16)), property and civil rights (s. 92(13)), and the establishment of hospitals, asylums, charities and eleemosynary institutions (s. 92(7)). In Quebec, health care services are delivered pursuant to the *Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-4.2 ("*AHSSS*"). The *AHSSS* regulates the institutions where health care services are delivered and sets out the principles that guide the delivery of such services in Quebec. For example, under s. 5 *AHSSS*, Quebeckers are "entitled to receive, with continuity and in a personalized and safe manner, health services and social services which are scientifically, humanly and socially appropriate".

19 The other two main legislative instruments that govern the health care system in Quebec are the *HOIA* and the *HEIA*. The *HOIA* establishes access to hospital services in Quebec; it also regulates hospitals. The purpose of the *HEIA* is to ensure that Quebeckers have access to certain medical services that they need for health reasons.

20 Before discussing the effect of waiting times on human rights, I will address the question of whether the province has the power to impose a prohibition on private insurance.

II. Validity of the Prohibition in Relation to Provincial Jurisdiction

21 The appellant Chaoulli argues that the prohibition is a criminal law matter. In his submission, it was adopted because the provincial government of

du système à deux vitesses. La *Loi canadienne sur la santé* ne constitue donc qu'un cadre général, qui laisse une large marge de manœuvre aux provinces. Dans l'analyse de la justification de la prohibition, j'aurai d'ailleurs l'occasion de passer brièvement en revue certaines des dispositions des régimes en vigueur dans les provinces canadiennes. La diversité des mesures illustre qu'il existe plusieurs façons d'aborder la dynamique secteur public/secteur privé sans recourir à une prohibition.

La compétence des provinces sur la santé est plus clairement établie. La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que les provinces ont compétence sur les matières de nature locale ou privée (par. 92(16)), sur la propriété et les droits civils (par. 92(13)) et sur l'établissement des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité (par. 92(7)). Au Québec, les services de santé sont dispensés en application de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-4.2 (« *LSSSS* »). Cette loi réglemente les établissements où les soins de santé sont dispensés et énonce les principes guidant la prestation des soins de santé au Québec. Ainsi, selon l'art. 5 *LSSSS*, les Québécois ont « droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée et sécuritaire ».

Les deux autres principaux outils législatifs encadrant le système de santé québécois sont la *LAH* et la *LAM*. La première vise à établir l'accès à des services hospitaliers au Québec; elle a aussi pour objet de réglementer les hôpitaux. Quant à la seconde, elle vise à assurer aux Québécois l'accès à certains services médicaux requis par leur état de santé.

Avant de discuter de l'effet des délais d'attente sur les droits de la personne, il convient de traiter du pouvoir de la province d'imposer la prohibition de l'assurance privée.

II. Validité de la prohibition au regard de la compétence provinciale

L'appelant Chaoulli plaide que la prohibition relève du droit criminel. Selon lui, elle découle de la volonté du gouvernement provincial de

the time wished to impose an egalitarian system and to eliminate the opportunity for profit in the provision of health care services. He contends that the operation of a health care service for profit was regarded at that time as socially undesirable.

If the Court is to accept this argument, it must find, first, that the effect of the prohibition on private insurance is to exclude the private sector and, second, that the main purpose of excluding the private sector, as distinct from the overall purpose of the *HOIA* and the *HEIA*, is to avert criminal conduct.

The Superior Court judge found that the purpose of the prohibition is to ensure that health care is available [TRANSLATION] "by significantly limiting access to, and the profitability of, the private system in Quebec" (p. 812). I will review later in these reasons the evidence accepted by the Superior Court judge in finding that the prohibition is useful having regard to the intended purpose, and so for the moment I reserve comment on this point. It is sufficient, at the stage of identification of the intended purpose, to determine whether ensuring access to health care services by limiting access to the private system is a valid objective for the provincial government. On this point, and based on the division of powers analysis in the preceding section, it is indisputable that the provincial government has jurisdiction over health care and can put mechanisms in place to ensure that all Quebeckers have access to health care.

It is difficult to see the argument that the provision of parallel private sector services was perceived as being socially undesirable as an independent objective, unconnected with the social policy pursued by the government in the area of health care. The appellants were alone in contending that the purpose of the prohibition was to eliminate morally reprehensible conduct. The Attorney General of Quebec argued that the prohibition resulted from a desire to pool the financial resources available for health care. This explanation coincides with the objective identified by the Superior Court judge, which is not, strictly speaking, a criminal law objective. Rather, it is a social objective that the provincial legislature

l'époque d'imposer un régime égalitaire et d'éliminer la possibilité de profit dans la fourniture de services de santé. L'exploitation d'un service de santé dans un but lucratif était alors considérée, de dire M. Chaoulli, comme socialement indésirable.

22 Pour retenir cet argument, il faut d'abord conclure que la prohibition des assurances privées a pour effet d'éliminer le secteur privé et, ensuite, que l'élimination du secteur privé a pour but principal — distinct de celui de l'ensemble de la *LAH* et de la *LAM* — de prévenir un comportement criminel.

23 La juge de la Cour supérieure a conclu que la prohibition vise à assurer la disponibilité des soins de santé « en limitant de façon considérable l'accessibilité et la rentabilité du système privé au Québec » (p. 812). Je vais examiner plus loin la preuve retenue par la juge de la Cour supérieure pour conclure à l'utilité de la prohibition au regard du but visé et je réserve donc pour l'instant mes commentaires à cet égard. Il suffit, au stade de l'identification du but visé, de déterminer si l'objectif, soit assurer l'accessibilité des services de santé en limitant le recours au système privé, peut validement être poursuivi par le gouvernement provincial. À ce sujet, et suivant l'analyse du partage des compétences faite dans la section qui précède, il est indiscutable que le gouvernement provincial a compétence en matière de santé et peut mettre en place des mécanismes destinés à assurer à tous les Québécois l'accès à des soins de santé.

24 L'argument suivant lequel l'exploitation de services privés parallèles était perçue comme socialement indésirable peut difficilement être considéré comme un but autonome, dissocié de la politique sociale poursuivie par le gouvernement en matière de santé. En fait, seuls les appelants ont prétendu que la prohibition avait pour but d'enrayer une conduite moralement répréhensible. Le procureur général du Québec a prétendu que la prohibition était le fruit de la volonté de mettre en commun les ressources financières en matière de santé. Cette formulation rejoint l'objectif identifié par la juge de la Cour supérieure et il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un objectif relevant du droit criminel, mais plutôt d'un objectif

may pursue in accordance with the powers conferred on it by s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. In my opinion, the argument that the provincial government has trenched on the federal criminal law power cannot succeed.

III. Priority Given to Arguments Based on the *Quebec Charter*

25 The *Canadian Charter* is neither an ordinary statute nor an extraordinary statute like the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III. It is a part of the Constitution: *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 365. As a result, the *Canadian Charter* is different from the *Quebec Charter* in that the *Quebec Charter* is the product of the legislative will of Quebec's National Assembly. In addition, while the *Quebec Charter* has no constitutional dimension, it is also different from ordinary statutes by virtue of its considerably broader purpose: to guarantee respect for human beings (see A. Morel, "La coexistence des Chartes canadienne et québécoise: problèmes d'interaction" (1986), 17 *R.D.U.S.* 49). The *Quebec Charter* protects not only the fundamental rights and freedoms, but also certain civil, political, economic and social rights. By virtue of s. 52, Quebec courts have the power to review legislation to determine whether it is consistent with the rules set out in the *Quebec Charter*. The *Quebec Charter* has an identity that is independent of the statutes of Quebec.

26 In the case of a challenge to a Quebec statute, it is appropriate to look first to the rules that apply specifically in Quebec before turning to the *Canadian Charter*, especially where the provisions of the two charters are susceptible of producing cumulative effects, but where the rules are not identical. This is the approach suggested by Beetz J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 224:

> Thus, the *Canadian Bill of Rights* retains all its force and effect, together with the various provincial charters of rights. Because these constitutional or quasi-constitutional instruments are drafted differently, they

social, que le législateur provincial peut poursuivre en conformité avec les pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'argument voulant que le gouvernement provincial empiète sur le pouvoir fédéral de régir le droit criminel ne peut, à mon avis, être retenu.

III. Caractère prioritaire des arguments fondés sur la *Charte québécoise*

La *Charte canadienne* n'est ni une loi ordinaire, ni une loi exceptionnelle comme la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III. Il s'agit d'une partie de la Constitution : *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 365. En ce sens, la *Charte canadienne* se distingue de la *Charte québécoise* qui est le fruit de la volonté législative de l'Assemblée nationale du Québec. Par ailleurs, sans avoir une dimension constitutionnelle, la *Charte québécoise* se distingue aussi des lois ordinaires par son objet considérablement plus vaste, à savoir assurer le respect de l'être humain (voir A. Morel, « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction » (1986), 17 *R.D.U.S.* 49). La *Charte québécoise* protège non seulement les libertés et les droits fondamentaux, mais aussi certains droits civils, politiques, économiques et sociaux. Les tribunaux québécois disposent, en raison de l'art. 52, du pouvoir de contrôler les lois pour vérifier leur conformité avec les règles prévues par la *Charte québécoise*. La *Charte québécoise* possède une identité autonome par rapport aux lois québécoises.

En cas de contestation d'une loi québécoise, il est approprié de faire appel d'abord aux règles spécifiquement québécoises avant d'avoir recours à la *Charte canadienne*, surtout lorsque les dispositions des deux chartes sont susceptibles de produire des effets cumulatifs mais que les règles ne sont pas identiques. Cette démarche est d'ailleurs celle suggérée par le juge Beetz dans *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 224 :

> Ainsi, la *Déclaration canadienne des droits* conserve toute sa force et son effet, de même que les diverses chartes des droits provinciales. Comme ces instruments constitutionnels ou quasi constitutionnels ont été rédigés

are susceptible of producing cumulative effects for the better protection of rights and freedoms. But this beneficial result will be lost if these instruments fall into neglect.

In the instant case, s. 7 of the *Canadian Charter* and s. 1 of the *Quebec Charter* have numerous points in common:

Canadian Charter

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Quebec Charter

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

The similarities between these two provisions probably explain in part why the Superior Court and the Court of Appeal considered only the *Canadian Charter* in their decisions. With regard to certain aspects of the two charters, the law is the same. For example, the wording of the right to life and liberty is identical. It is thus appropriate to consider the two together. Distinctions must be made, however, and I believe that it is important to begin by considering the specific protection afforded by the *Quebec Charter* for the reason that it is not identical to the protection afforded by the *Canadian Charter.*

The most obvious distinction is the absence of any reference to the principles of fundamental justice in s. 1 of the *Quebec Charter.* The analysis dictated by s. 7 of the *Canadian Charter* is twofold. Under the approach that is generally taken, the claimant must prove, first, that a deprivation of the right to life, liberty and security of the person has occurred and, second, that the deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice (*Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, at para. 205, *per* Bastarache J.). If this is proved, the state must show under s. 1 of the *Canadian Charter* that the deprivation is justified in a free and democratic society.

de diverses façons, ils sont susceptibles de produire des effets cumulatifs assurant une meilleure protection des droits et des libertés. Ce résultat bénéfique sera perdu si ces instruments tombent en désuétude.

27 En l'occurrence, les art. 7 de la *Charte canadienne* et 1 de la *Charte québécoise* ont beaucoup de points communs :

Charte canadienne

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Charte québécoise

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.

28 Les similarités entre ces deux dispositions expliquent probablement en partie le fait que le dossier ait été examiné exclusivement au regard de la *Charte canadienne* par la Cour supérieure et la Cour d'appel. En ce qui concerne certains aspects des deux chartes, le droit est le même. Par exemple, la formulation de la protection du droit à la vie et à la liberté est identique. Un rapprochement est alors indiqué. Des distinctions s'imposent cependant et j'estime qu'il est important d'examiner d'abord la protection particulière offerte par la *Charte québécoise*, parce qu'elle n'est pas identique à celle offerte par la *Charte canadienne.*

29 La distinction la plus évidente est l'absence, à l'art. 1 de la *Charte québécoise*, de mention des principes de justice fondamentale. L'analyse requise aux termes de l'art. 7 de la *Charte canadienne* est double. Selon l'approche généralement suivie pour cette disposition, le demandeur doit prouver, dans un premier temps, une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, et, dans un deuxième temps, que l'atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale (*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84, par. 205, le juge Bastarache). Si cette preuve est faite, l'État doit alors démontrer, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne*, que l'atteinte est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

30 According to established principles, the onus is on the claimant to prove a violation of constitutional rights: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; see also Hogg, at p. 44-3. Under s. 7 of the *Canadian Charter*, the claimant would thus have a dual burden. The effect of placing this burden of proof on the claimant is that it makes his or her task more onerous. There is no such dual burden of proof under the *Quebec Charter* because the principles of fundamental justice are not incorporated into s. 1 of the *Quebec Charter*. For this reason, the *Quebec Charter* has a scope that is potentially broader. This characteristic should not be disregarded.

31 Ruling on the points in issue by applying the *Quebec Charter* enhances an instrument that is specific to Quebec; this approach is also justified by the rules of Canadian constitutional law.

32 Before getting into the heart of the debate regarding s. 1 of the *Quebec Charter*, I must address three preliminary arguments raised by the respondent Attorney General of Quebec: (a) that the protection of the right to freedom and life is limited to situations involving the administration of justice, (b) that the right asserted is economic and is not a fundamental right, and (c) that the appellants do not have standing.

IV. Preliminary Objections

A. *Scope of Section 1 of the Quebec Charter*

33 The trial judge adopted a liberal approach to applying the protection afforded by s. 7 of the *Canadian Charter*. She expressed the opinion that the protection is not limited to situations involving the administration of justice. This Court has not yet achieved a consensus regarding the scope of this protection. In *Gosselin*, at paras. 78 and 83, McLachlin C.J. did not consider it necessary to answer the question definitively. In my opinion, the same question of law does not arise in the context of the *Quebec Charter*. The *Quebec Charter* has a very broad scope of application. It extends to relationships between individuals

Conformément aux principes reconnus, il appartient au demandeur de prouver qu'il y a eu atteinte à ses droits constitutionnels : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; voir aussi Hogg, p. 44-3. En vertu de l'art. 7 de la *Charte canadienne*, le fardeau du demandeur serait donc double. L'imposition de ce fardeau de preuve au demandeur a pour effet d'alourdir sa tâche. Le double fardeau de preuve ne se pose pas dans le cas de la *Charte québécoise* en raison de l'absence d'incorporation des principes de justice fondamentale à l'art. 1 de la *Charte québécoise*. Celle-ci a donc une portée potentiellement plus large et cette caractéristique ne devrait pas être éludée.

Décider sur les questions en litige en ayant recours à la *Charte québécoise* permet donc de valoriser un instrument propre au Québec, en plus d'être justifié par les règles du droit constitutionnel canadien.

Avant de plonger dans le cœur du débat sur l'art. 1 de la *Charte québécoise*, il y a lieu de traiter de trois arguments préliminaires soulevés par l'intimé, le procureur général du Québec, soit : a) que la protection du droit à la liberté et à la vie est limitée au contexte de l'administration de la justice, b) que le droit invoqué est de nature économique et non fondamental, et c) que les appelants n'auraient pas l'intérêt requis pour agir.

IV. Moyens préliminaires

A. *Portée de l'art. 1 de la Charte québécoise*

La juge de première instance a adopté une approche libérale relativement à l'application de la protection de l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Elle a exprimé l'avis que cette protection ne se limite pas au contexte de l'administration de la justice. Cette portée ne fait pas encore consensus à la Cour. Dans *Gosselin*, par. 78 et 83, la juge en chef McLachlin n'a pas jugé nécessaire de se prononcer définitivement sur la question. À mon avis, le contexte de la *Charte québécoise* ne soulève pas la même question de droit. En effet, la *Charte québécoise* possède un très vaste champ d'application, qui englobe tant les

and relationships between individuals and the state. Limiting the scope of s. 1 of the *Quebec Charter* to matters connected with the administration of justice is not justified in light of the general scope of this quasi-constitutional instrument.

B. *Economic Right or Fundamental Right*

Delisle J.A. accepted the argument of the Attorney General of Quebec and declined to apply s. 7 of the *Canadian Charter* on the basis that the right in issue, which in his opinion is an economic right, is not protected by the *Canadian Charter*. This appeal does not require the Court to establish a general rule including or excluding economic rights in or from the scope of s. 1 of the *Quebec Charter*. The Superior Court judge made the following observation in this regard (at pp. 822-23):

[TRANSLATION] . . . the economic barriers . . . are closely related to the possibility of gaining access to health care. Having regard to the costs involved, access to private care without the rights in question is illusory. Accordingly, those provisions are an impediment to access to health care services and therefore potentially infringe the right to life, liberty and security of the person. [Emphasis deleted.]

Piché J.'s analysis is correct. Limits on access to health care can infringe the right to personal inviolability. The prohibition cannot be characterized as an infringement of an economic right.

C. *Standing*

Clearly, a challenge based on a charter, whether it be the *Canadian Charter* or the *Quebec Charter*, must have an actual basis in fact: *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441. However, the question is not whether the appellants are able to show that they are personally affected by an infringement. The issues in the instant case are of public interest and the test from *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, applies. The issue must be serious, the claimants must be directly affected or have a genuine interest as citizens and there must be no other effective means available

relations entre particuliers que les relations des personnes avec l'État. Restreindre la portée de l'art. 1 de la *Charte québécoise* aux problèmes d'administration de la justice n'est pas justifié vu la portée générale de cet instrument quasi constitutionnel.

B. *Droit de nature économique ou droit fondamental*

34 Le juge Delisle de la Cour d'appel a retenu l'argument du procureur général du Québec et écarté l'application de l'art. 7 de la *Charte canadienne*, au motif que le droit invoqué — un droit économique selon lui — ne serait pas protégé par la *Charte canadienne*. Le présent dossier ne requiert pas l'établissement d'une règle générale incluant les droits économiques dans le champ d'application de l'art. 1 de la *Charte québécoise* ou les en excluant. En effet, comme le note la juge de la Cour supérieure (p. 822-823) :

. . . les barrières économiques [. . .] sont intimement liées à la possibilité d'accès à des soins de santé. Sans ces droits, compte tenu des coûts impliqués, l'accès aux soins privés est illusoire. Dans ce sens, ces dispositions sont une entrave à l'accès à des services de santé et sont donc susceptibles de porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. [Italiques omis.]

L'analyse de la juge Piché est juste. L'accessibilité limitée aux soins de santé est susceptible de porter atteinte à l'intégrité de la personne, et la prohibition ne peut être qualifiée d'atteinte à un droit économique.

C. *Intérêt pour agir*

35 Il est clair qu'une contestation fondée sur une charte, qu'il s'agisse de la *Charte canadienne* ou de la *Charte québécoise*, doit reposer sur un fondement factuel concret : *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441. La question n'est pas de déterminer si les appelants peuvent invoquer une atteinte qui leur est propre. Les questions soulevées touchent à l'intérêt public, et le test établi dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, s'applique. La question doit être sérieuse, les demandeurs doivent être touchés directement ou avoir un intérêt véritable en tant que

to them. These conditions have been met. The issue of the validity of the prohibition is serious. Chaoulli is a physician and Zeliotis is a patient who has suffered as a result of waiting lists. They have a genuine interest in the legal proceedings. Finally, there is no effective way to challenge the validity of the provisions other than by recourse to the courts.

36 The three preliminary objections are therefore dismissed. I will now turn to the analysis of the infringement of the rights protected by s. 1 of the *Quebec Charter.*

V. Infringement of the Rights Protected by Section 1 of the *Quebec Charter*

37 The appellant Zeliotis argues that the prohibition infringes Quebeckers' right to life. Some patients die as a result of long waits for treatment in the public system when they could have gained prompt access to care in the private sector. Were it not for s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA*, they could buy private insurance and receive care in the private sector.

38 The Superior Court judge stated [TRANSLATION] "that there [are] serious problems in certain sectors of the health care system" (p. 823). The evidence supports that assertion. After meticulously analysing the evidence, she found that the right to life and liberty protected by s. 7 of the *Canadian Charter* had been infringed. As I mentioned above, the right to life and liberty protected by the *Quebec Charter* is the same as the right protected by the *Canadian Charter.* Quebec society is no different from Canadian society when it comes to respect for these two fundamental rights. Accordingly, the trial judge's findings of fact concerning the infringement of the right to life and liberty protected by s. 7 of the *Canadian Charter* apply to the right protected by s. 1 of the *Quebec Charter.*

39 Not only is it common knowledge that health care in Quebec is subject to waiting times, but a number of witnesses acknowledged that the demand for health

citoyens et il ne doit pas exister d'autre moyen efficace à leur disposition. Ces conditions sont remplies. La question de la validité de la prohibition est sérieuse. Chaoulli est médecin, et Zeliotis est un patient qui a souffert en raison des listes d'attente. Ils ont un intérêt véritable dans le débat judiciaire. Enfin, il n'y a pas d'autre moyen efficace pour soulever la validité des dispositions que le recours aux tribunaux.

Les trois moyens préliminaires sont donc rejetés. Je passe maintenant à l'analyse de l'atteinte aux droits protégés par l'art. 1 de la *Charte québécoise.*

V. L'atteinte aux droits protégés par l'art. 1 de la *Charte québécoise*

L'appelant Zeliotis plaide que la prohibition porte atteinte au droit des Québécois à la vie. Certains patients meurent parce qu'ils doivent attendre pendant de longs délais pour être traités dans le système public alors qu'ils pourraient avoir promptement accès à des soins dans le secteur privé. Sans les art. 11 *LAH* et 15 *LAM*, ils pourraient souscrire une assurance privée et bénéficier de soins dispensés dans le secteur privé.

La juge de la Cour supérieure affirme « qu'il y [a] de graves problèmes dans certains secteurs de la santé » (p. 823). La preuve justifie cette affirmation. Après une minutieuse analyse de la preuve, elle conclut à l'existence d'une atteinte au droit à la vie et à la liberté protégé par l'art. 7 de la *Charte canadienne.* J'ai mentionné plus tôt que le droit à la vie et à la liberté protégé par la *Charte québécoise* est le même que celui garanti par la *Charte canadienne.* La société québécoise ne se distingue pas de la société canadienne pour ce qui est du respect de ces deux droits fondamentaux. En ce sens, les conclusions de fait de la juge de première instance concernant l'atteinte au droit à la vie et à la liberté protégé par l'art. 7 de la *Charte canadienne* s'appliquent au droit protégé par l'art. 1 de la *Charte québécoise.*

Outre le fait qu'il est notoire que les soins de santé sont, au Québec, assujettis à des délais d'attente, plusieurs témoins ont reconnu que la demande

care is potentially unlimited and that waiting lists are a more or less implicit form of rationing (report by J.-L. Denis, *Un avenir pour le système public de santé* (1998), at p. 13; report by Y. Brunelle, *Aspects critiques d'un rationnement planifié* (1993), at p. 21). Waiting lists are therefore real and intentional. The witnesses also commented on the consequences of waiting times.

Dr. Daniel Doyle, a cardiovascular surgeon, testified that when a person is diagnosed with cardiovascular disease, he or she is [TRANSLATION] "always sitting on a bomb" and can die at any moment. In such cases, it is inevitable that some patients will die if they have to wait for an operation. Dr. Doyle testified that the risk of mortality rises by 0.45 percent per month. The right to life is therefore affected by the delays that are the necessary result of waiting lists.

The *Quebec Charter* also protects the right to personal inviolability. This is a very broad right. The meaning of "inviolability" is broader than the meaning of the word "security" used in s. 7 of the *Canadian Charter*. In civil liability cases, it has long been recognized in Quebec that personal inviolability includes both physical inviolability and mental or psychological inviolability. This was stated clearly in *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, at para. 95:

> Section 1 of the *Charter* guarantees the right to personal "inviolability". The majority of the Court of Appeal was of the opinion, contrary to the trial judge's interpretation, that the protection afforded by s. 1 of the *Charter* extends beyond physical inviolability. I agree. The statutory amendment enacted in 1982 (see *An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1982, c. 61, in force at the time this cause of action arose) which, *inter alia*, deleted the adjective "*physique*", in the French version, which had previously qualified the expression "*intégrité*" (inviolability), clearly indicates that s. 1 refers inclusively to physical, psychological, moral and social inviolability.

Furthermore, arts. 1457 and 1458 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, refer expressly to "moral" injury.

de soins est potentiellement illimitée et que les listes d'attente constituent une forme plus ou moins implicite de rationnement (rapport de J.-L. Denis, *Un avenir pour le système public de santé* (1998), p. 13; rapport de Y. Brunelle, *Aspects critiques d'un rationnement planifié* (1993), p. 21). Les listes d'attente sont donc réelles et voulues. Mais les témoins ont aussi commenté les conséquences des délais d'attente.

Le D[r] Daniel Doyle, chirurgien cardiovasculaire, a témoigné que, lorsqu'un diagnostic de maladie cardiovasculaire est posé, la personne est « toujours assis[e] sur une bombe » et peut mourir à n'importe quel moment. Dans ces cas, il est inévitable que certains patients meurent s'ils doivent attendre pour être opérés. Selon ce témoin, le risque de mortalité augmente de 0,45 pour 100 par mois. Le droit à la vie est donc touché par les délais inhérents aux listes d'attente. 40

La *Charte québécoise* protège aussi le droit à l'intégrité de la personne. Ce droit est très vaste. Le terme « intégrité » a une portée plus large que le mot « sécurité » utilisé à l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Dans le domaine de la responsabilité civile, il est depuis longtemps reconnu au Québec que l'intégrité de la personne inclut tant l'intégrité physique que l'intégrité morale ou psychologique. L'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 95, le précise clairement : 41

> L'article 1 de la *Charte* garantit le droit à l'« intégrité » de la personne. La majorité de la Cour d'appel a été d'avis, contrairement à l'interprétation du premier juge, que la protection de l'art. 1 de la *Charte* s'étend au-delà de l'intégrité physique. Je suis d'accord. En effet, la modification législative effectuée en 1982 (voir la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, ch. 61, en vigueur lors du présent litige), qui a, *inter alia*, supprimé l'adjectif « physique » qui qualifiait auparavant le terme « intégrité », indique clairement que l'art. 1 vise à la fois l'intégrité physique, psychologique, morale et sociale.

Les articles 1457 et 1458 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, mentionnent d'ailleurs explicitement le préjudice moral.

42 In the instant case, Dr. Eric Lenczner, an orthopaedic surgeon, testified that the usual waiting time of one year for patients who require orthopaedic surgery increases the risk that their injuries will become irreparable. Clearly, not everyone on a waiting list is in danger of dying before being treated. According to Dr. Edwin Coffey, people may face a wide variety of problems while waiting. For example, a person with chronic arthritis who is waiting for a hip replacement may experience considerable pain. Dr. Lenczner also stated that many patients on non-urgent waiting lists for orthopaedic surgery are in pain and cannot walk or enjoy any real quality of life.

En l'espèce, le D^r^ Eric Lenczner, chirurgien orthopédiste, a témoigné que le délai usuel d'une année imposé aux patients requérant une chirurgie orthopédique augmente le risque que leurs blessures deviennent irréparables. Il est clair que toutes les personnes en attente ne risquent pas de mourir avant d'être traitées. Selon le D^r^ Edwin Coffey, les personnes en attente peuvent éprouver des problèmes très variés. Par exemple, la personne en attente de remplacement d'une hanche en raison d'arthrite chronique peut ressentir des douleurs considérables. De même, le D^r^ Lenczner a affirmé que les patients inscrits sur les listes d'attente non urgente en chirurgie orthopédique sont souvent des personnes qui souffrent et qui ne peuvent pas marcher ou profiter d'une véritable qualité de vie.

43 Canadian jurisprudence shows support for interpreting the right to security of the person generously in relation to delays. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 59, Dickson C.J. found, based on the consequences of delays, that the procedure then provided for in s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, jeopardized the right to security of the person. Beetz J., at pp. 105-6, with Estey J. concurring, was of the opinion that the delay created an additional risk to health and constituted a violation of the right to security of the person. Likewise, in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 589, Sopinka J. found that the suffering imposed by the state impinged on the right to security of the person. See also *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, and *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, with respect to mental suffering. If the evidence establishes that the right to security of the person has been infringed, it supports, *a fortiori*, the finding that the right to the inviolability of the person has been infringed.

La jurisprudence canadienne soutient déjà la reconnaissance d'une interprétation généreuse du droit à la sécurité de la personne en matière de délais. Dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 59, le juge en chef Dickson s'est fondé sur les conséquences des délais pour conclure que la procédure alors prévue par l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, mettait en jeu le droit à la sécurité de la personne. Le juge Beetz, p. 105-106, avec l'accord du juge Estey, était d'avis que le délai créait un risque additionnel pour la santé et constituait une violation du droit à la sécurité de la personne. De même, dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 589, le juge Sopinka a estimé que les souffrances imposées par l'État constituent une atteinte au droit à la sécurité de la personne. Voir aussi *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, et *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, pour ce qui est des souffrances psychologiques. Si la preuve démontre l'existence d'une atteinte au droit à la sécurité de la personne, à plus forte raison, elle justifie de conclure à une atteinte au droit à l'intégrité de la personne.

44 In the opinion of my colleagues Binnie and LeBel JJ., there is an internal mechanism that safeguards the public health system. According to them, Quebeckers may go outside the province for

Mes collègues les juges Binnie et LeBel considèrent qu'il existe un mécanisme interne qui sauvegarde le système de santé public. Selon eux, les Québécois peuvent se faire traiter à l'extérieur du

treatment where services are not available in Quebec. This possibility is clearly not a solution for the system's deficiencies. The evidence did not bring to light any administrative mechanism that would permit Quebeckers suffering as a result of waiting times to obtain care outside the province. The possibility of obtaining care outside Quebec is case-specific and is limited to crisis situations.

I find that the trial judge did not err in finding that the prohibition on insurance for health care already insured by the state constitutes an infringement of the right to life and security. This finding is no less true in the context of s. 1 of the *Quebec Charter*. Quebeckers are denied a solution that would permit them to avoid waiting lists, which are used as a tool to manage the public plan. I will now consider the justification advanced under s. 9.1 of the *Quebec Charter*.

VI. Justification for the Prohibition

Section 9.1 of the *Quebec Charter* sets out the standard for justification. It reads as follows:

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

The Court had occasion to consider the scope of this provision in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712. In its view, in the context of the relationship between citizens and the state, the provision is of the same nature as s. 1 of the *Canadian Charter* (at pp. 769-71):

It was suggested in argument that because of its quite different wording s. 9.1 was not a justificatory provision similar to s. 1 but merely a provision indicating that the fundamental freedoms and rights guaranteed by the Quebec *Charter* are not absolute but relative and must be construed and exercised in a manner consistent with the values, interests and considerations indicated in s. 9.1 — "democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec." In the case at bar the Superior Court and

Québec lorsque les soins ne sont pas disponibles au Québec. Cette possibilité n'est certainement pas la solution aux maux du système. La preuve n'a mis en lumière aucun mécanisme administratif permettant d'obtenir des soins à l'étranger lorsque les Québécois souffrent par suite des délais d'attente. Le recours aux soins à l'étranger est ponctuel et limité à des situations de crise.

45 J'en conclus que la juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que la prohibition de l'assurance pour des soins déjà assurés par l'État constitue une atteinte au droit à la vie et à la sécurité. Cette conclusion s'applique intégralement à l'art. 1 de la *Charte québécoise*. Les Québécois sont privés de l'accès à une solution qui leur permettrait d'éviter les listes d'attente, qui sont un outil de gestion du régime public. Il reste à examiner la justification présentée en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*.

VI. Justification de la prohibition

46 L'article 9.1 de la *Charte québécoise* énonce la norme de justification. Il prévoit ce qui suit :

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

47 La Cour a eu l'occasion d'examiner la portée de cette disposition dans l'affaire *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712. Elle y a vu, pour ce qui est des relations des citoyens avec l'État, une disposition de même nature que l'article premier de la *Charte canadienne* (p. 769-771) :

On a soutenu à l'audience qu'en raison de son libellé tout à fait différent, l'art. 9.1 n'est pas une disposition justificative analogue à l'article premier, mais simplement une disposition indiquant que les libertés et droits fondamentaux garantis par la *Charte* québécoise ne sont pas absolus mais relatifs et doivent donc s'interpréter et s'exercer d'une manière compatible avec les valeurs, les intérêts et les considérations mentionnées à l'art. 9.1, soit les « valeurs démocratiques », « l'ordre public » et le « bien-être général des citoyens du Québec ».

the Court of Appeal held that s. 9.1 was a justificatory provision corresponding to s. 1 of the Canadian *Charter* and that it was subject, in its application, to a similar test of rational connection and proportionality. This Court agrees with that conclusion. The first paragraph of s. 9.1 speaks of the manner in which a person must exercise his fundamental freedoms and rights. That is not a limit on the authority of government but rather does suggest the manner in which the scope of the fundamental freedoms and rights is to be interpreted. The second paragraph of s. 9.1, however — "In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law" — does refer to legislative authority to impose limits on the fundamental freedoms and rights. The words "In this respect" refer to the words "maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec". Read as a whole, s. 9.1 provides that limits to the scope and exercise of the fundamental freedoms and rights guaranteed may be fixed by law for the purpose of maintaining a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Quebec. That was the view taken of s. 9.1 in both the Superior Court and the Court of Appeal. As for the applicable test under s. 9.1, Boudreault J. in the Superior Court quoted with approval from a paper delivered by Raynold Langlois, Q.C., entitled "Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve", and published in *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne* (1986), in which the author expressed the view that under s. 9.1 the government must show that the restrictive law is neither irrational nor arbitrary and that the means chosen are proportionate to the end to be served. In the Court of Appeal, Bisson J.A. adopted essentially the same test. He said that under s. 9.1 the government has the onus of demonstrating on a balance of probabilities that the impugned means are proportional to the object sought. He also spoke of the necessity that the government show the absence of an irrational or arbitrary character in the limit imposed by law and that there is a rational link between the means and the end pursued. We are in general agreement with this approach. . . . [I]t is an implication of the requirement that a limit serve one of these ends that the limit should be rationally connected to the legislative purpose and that the legislative means be proportionate to the end to be served. That is implicit in a provision that prescribes that certain values or legislative purposes may prevail in particular circumstances over a fundamental freedom or right. That necessarily implies a balancing exercise and the appropriate test for such balancing is one of

En l'espèce, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont conclu que l'art. 9.1 était une disposition justificative correspondant à l'article premier de la *Charte* canadienne et que son application était soumise à un critère semblable de proportionnalité et de lien rationnel. La Cour souscrit à cette conclusion. Le premier alinéa de l'art. 9.1 parle de la façon dont une personne doit exercer des libertés et des droits fondamentaux. Ce n'est pas une limitation du pouvoir du gouvernement, mais plutôt une indication de la manière d'interpréter l'étendue de ces libertés et droits fondamentaux. Toutefois, le second alinéa de l'art. 9.1 (« La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. ») traite bien du pouvoir du législateur d'imposer des limites aux libertés et droits fondamentaux. L'expression « à cet égard » renvoie au membre de phrase « dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Pris dans son ensemble, l'art. 9.1 prévoit que la loi peut fixer des limites à l'étendue et à l'exercice des libertés et droits fondamentaux garantis pour assurer le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. C'est ainsi que la Cour supérieure et la Cour d'appel ont envisagé l'art. 9.1. Pour ce qui est du critère à appliquer aux fins de l'art. 9.1, le juge Boudreault de la Cour supérieure a cité et approuvé des extraits d'une étude présentée par M^e^ Raynold Langlois, c.r., intitulée « Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve » publiée dans *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne* (1986). Dans cette étude, l'auteur exprime l'avis que, pour se prévaloir de l'art. 9.1, le gouvernement doit démontrer que la loi restrictive n'est ni irrationnelle ni arbitraire et que les moyens choisis sont proportionnés au but visé. En Cour d'appel, le juge Bisson a retenu essentiellement le même critère. Selon lui, il incombe au gouvernement, en vertu de l'art. 9.1, de prouver selon la prépondérance des probabilités que les moyens attaqués sont proportionnels à l'objet qu'on veut atteindre. Il a parlé en outre de l'obligation qu'a le gouvernement d'établir l'absence d'un caractère irrationnel ou arbitraire dans la restriction imposée par la loi ainsi que l'existence d'un lien rationnel entre les moyens employés et la fin poursuivie. D'une manière générale, nous approuvons cette façon d'aborder la question. [. . .] Il s'agit [. . .] de l'exigence que la restriction serve un de ces buts, qu'elle ait un lien rationnel avec l'objet législatif et que les moyens employés par le législateur soient proportionnés au but visé. Une telle exigence est implicite dans une disposition prescrivant que certaines valeurs ou certains objets législatifs peuvent dans des circonstances précises prévaloir sur une liberté ou un droit fondamentaux. Cela implique nécessairement la recherche d'un juste équilibre et le critère à

rational connection and proportionality. [Emphasis in original.]

The interpretation adopted by the Court in that decision still applies today, and the analytical approach developed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, must be followed. This approach is well known. First, the court must determine whether the objective of the legislation is pressing and substantial. Next, it must determine whether the means chosen to attain this legislative end are reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. For this second part of the analysis, three tests must be met: (1) the existence of a rational connection between the measure and the aim of the legislation; (2) minimal impairment of the protected right by the measure; and (3) proportionality between the effect of the measure and its objective (*Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182). It is the minimal impairment analysis that has proven to be the most delicate stage in the instant case. The other stages cannot, however, be bypassed.

A. *Purpose of the Statute*

The prohibitions are set out in the *HOIA* and the *HEIA*. The general objective of these statutes is to promote health care of the highest possible quality for all Quebeckers regardless of their ability to pay. Quality of care and equality of access are two inseparable objectives under the statutes. At trial, Claude Castonguay, who was Quebec's Minister of Health at the time when the *HEIA* was enacted, testified regarding the legislation's objectives:

[TRANSLATION] . . . we wanted to ensure that everyone would have access to health care, regardless of their ability to pay. Also, because the Health Insurance Act was part of a whole — there was Bill 65 respecting health services — we wanted a thorough reform. We wanted access to health care to be as equal as possible everywhere in Quebec, regardless of place of residence, regardless of financial circumstances . . . .

The quality objective is not formally stated, but it seems clear that a health care service that does not attain an acceptable level of quality of care cannot be regarded as a genuine health care service. Low-quality services can threaten the lives of users. The

suivre pour y parvenir consiste à se demander s'il existe un lien rationnel et s'il y a proportionnalité. [Souligné dans l'original.]

48 L'interprétation ainsi adoptée par la Cour prévaut depuis, et la grille d'analyse tracée dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, s'impose. La démarche est bien connue. D'abord, le tribunal doit vérifier si l'objectif de la loi est urgent et réel. Ensuite, il se demande si le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif est raisonnable et s'il peut se justifier dans une société libre et démocratique. Pour cette deuxième partie de l'analyse, trois critères sont utilisés : (1) Existe-t-il un lien rationnel entre la mesure et l'objectif législatif? (2) La mesure porte-t-elle atteinte le moins possible au droit garanti? (3) Y a-t-il proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif? (*Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 182). C'est l'étape de l'analyse de l'atteinte minimale qui se révèle la plus délicate en l'espèce. Les autres étapes ne peuvent cependant pas être escamotées.

A. *But de la loi*

49 Les prohibitions sont prévues par la *LAH* et la *LAM*. L'objectif général de ces lois est de promouvoir, pour tous les Québécois, des soins de santé de la meilleure qualité possible, sans égard à leur capacité de payer. Qualité de soins et égalité d'accès sont, aux termes de ces lois, deux objectifs indissociables. Au procès, Claude Castonguay, ministre de la Santé du Québec à l'époque de l'adoption de la *LAM*, a témoigné des objectifs poursuivis :

. . . nous voulions faire en sorte que tous aient accès aux soins, sans égard aux moyens financiers des individus. Nous voulions aussi, parce que la Loi sur l'assurance-maladie faisait partie d'un ensemble, il y a eu la Loi 65 sur les services de santé, une réforme en profondeur, nous voulions que l'accès aux soins soit aussi égal que possible partout au Québec, sans égard au lieu de résidence, sans égard à la situation financière . . .

50 L'objectif de qualité n'est pas formellement mentionné, mais il paraît évident qu'un service de santé qui ne fournit pas une qualité de soins acceptable ne saurait être considéré comme un véritable service de santé. Des services de mauvaise qualité peuvent

legislature accordingly required that there be supervision of health care. That supervision is essential to guarantee not only the quality of care, but also public safety.

51 To ensure supervision of these services, the *AHSSS* provides for program planning (s. 346), organization of services (ss. 347 to 349), allocation of financial resources (ss. 350 and 351), coordination of health services and social services (ss. 352 to 370), and management of human, material and financial resources (ss. 376 to 385). An institution that provides services may be private and may receive government funding, in which case it is referred to as a "private institution under agreement". In such cases, the state delegates its responsibilities to a private sector service provider. The services of public institutions and private institutions under agreement relate, on the whole, to a single offer of services, namely the one established by the government. If a legal or natural person wishes to provide health services or social services contemplated by the *AHSSS* from an institution, the person must obtain a permit to operate an institution (ss. 316 and 437). Because private institutions are not prohibited by the *AHSSS*, the Minister may not refuse to issue a permit solely because he or she wishes to slow down the development of private institutions that are not under agreement (*Charles Bentley Nursing Home Inc. v. Ministre des Affaires sociales*, [1978] C.S. 30) (see M. Laverdière, "Le cadre juridique canadien et québécois relatif au développement parallèle de services privés de santé et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*" (1998-1999), 29 *R.D.U.S.* 117).

52 The *HOIA* and the *HEIA* provide that, within the framework they establish, the state is responsible for the provision and funding of health services. The *HEIA* provides (s. 3) that the state is to pay the cost of services rendered by a physician that are medically required as well as certain other services provided by, *inter alia*, dentists, pharmacists and optometrists. The insured services are funded by the state out of public moneys. The only contribution made by recipients of services toward the cost is through their income tax, if they are liable to pay

porter atteinte à la vie des usagers. Aussi, le législateur a-t-il prévu que les soins de santé devaient être contrôlés. Ce contrôle est indispensable pour assurer non seulement la qualité des soins, mais aussi la sécurité du public.

Afin d'assurer le contrôle des services, la *LSSSS* prévoit la programmation (art. 346), l'organisation des services (art. 347 à 349), l'allocation des ressources financières (art. 350 et 351), la coordination des services de santé et des services sociaux (art. 352 à 370), ainsi que la gestion des ressources humaines, matérielles et financières (art. 376 à 385). Un établissement fournissant des services peut être privé et peut recevoir des fonds de l'État. L'établissement est alors dit conventionné. Il s'agit là de cas où l'État délègue ses responsabilités à un prestataire de services privé. Les services des établissements publics et privés conventionnés ne relèvent, globalement, que d'une seule offre de services, soit celle prévue par l'administration publique. Si une personne — morale ou physique — désire fournir des services sociosanitaires prévus par la *LSSSS* à partir d'un établissement, elle doit obtenir un permis d'établissement (art. 316 et 437). Comme les établissements privés ne sont pas prohibés par la *LSSSS*, le ministre ne peut refuser un permis au seul motif qu'il veut freiner les projets de développement d'établissements privés non conventionnés (*Charles Bentley Nursing Home Inc. c. Ministre des Affaires sociales*, [1978] C.S. 30) (voir M. Laverdière, « Le cadre juridique canadien et québécois relatif au développement parallèle de services privés de santé et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (1998-1999), 29 *R.D.U.S.* 117).

La *LAH* et la *LAM* prévoient la prise en charge par l'État, dans le cadre qui y est défini, de la fourniture des services de santé et de leur financement. La *LAM* prévoit (art. 3) le paiement par l'État du coût des services que rend un médecin et qui sont médicalement requis ainsi que certains autres soins comme des services dentaires, pharmaceutiques et optométriques. Les services assurés sont financés par l'État sur les fonds publics. Le bénéficiaire des soins ne contribue au paiement des services que par ses impôts, lorsqu'il en paie. Les services couverts

income tax. The services covered must be provided by participating professionals or by professionals "who have withdrawn", although these professionals may not receive any fees in addition to those paid by the state (s. 22). The purpose of the *HOIA* is to ensure that hospital care is provided free of charge. The Act provides that hospital services are insured where they are medically required so that Quebeckers receive hospital services without charge and upon uniform terms and conditions (s. 2).

It can be seen from this brief review of the legislation governing health services that such services are controlled almost entirely by the state.

Although there are, at first glance, no provisions that prohibit the delivery of services by an individual or a legal person established for a private interest, a number of constraints are readily apparent. In addition to the restrictions relating to the remuneration of professionals, the requirement that a permit be obtained to provide hospital services creates a serious obstacle in practice. This constraint would not be problematic if the prevailing approach favoured the provision of private services. However, that is not the case. Not only are the restrictions real (Laverdière, at p. 170), but Mr. Chaoulli's situation shows clearly that they are. Here again, the executive branch is implementing the intention of the Quebec legislature to limit the provision of private services outside the public plan. That intention is evident in the preliminary texts tabled in the National Assembly, in the debate concerning those texts and, finally, in the written submissions filed by the Attorney General of Quebec in the instant case.

Section 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* convey this intention clearly. They render any proposal to develop private professional services almost illusory. The prohibition on private insurance creates an obstacle that is practically insurmountable for people with average incomes. Only the very wealthy can reasonably afford to pay for entirely private services. Assuming that a permit were issued, the operation of an institution that is not under agreement is the exception in Quebec. In fact, the trial judge found that the effect of the prohibition was to "significantly" limit the

doivent être fournis par des professionnels participants ou désengagés, qui ne peuvent toutefois recevoir d'honoraires autres que ceux payés par l'État (art. 22). La *LAH* a pour objet d'assurer la gratuité des soins hospitaliers. La loi établit que les services hospitaliers sont assurés dans la mesure où ils sont requis du point de vue médical afin que les Québécois reçoivent, sans frais, des services hospitaliers selon des modalités uniformes (art. 2).

53 Cet examen sommaire des lois encadrant les services de santé permet de constater que ceux-ci sont contrôlés presque totalement par l'État.

54 Si, à première vue, aucune disposition n'interdit la fourniture de services par un particulier ou une personne morale de droit privé, plusieurs contraintes ressortent rapidement. Au-delà des restrictions liées à la rémunération des professionnels, l'obligation d'obtenir un permis pour dispenser des services hospitaliers n'est pas sans créer un obstacle pratique important. Cette contrainte ne poserait pas de problème si une approche favorable à la fourniture de services privés prévalait. Tel n'est cependant pas le cas. Non seulement les restrictions sont-elles réelles (Laverdière, p. 170), mais le cas de M. Chaoulli l'illustre clairement. Le pouvoir exécutif met là aussi en action la volonté du législateur québécois de limiter la fourniture de services privés en dehors du contexte du régime public. Cette volonté ressort des textes préliminaires déposés à l'Assemblée nationale, des débats sur ces textes et finalement des déclarations écrites du procureur général du Québec figurant dans le mémoire déposé dans le présent dossier.

55 Les articles 11 *LAH* et 15 *LAM* traduisent d'ailleurs clairement cette volonté. Ils rendent quasi illusoire tout projet de développement de services professionnels privés. La prohibition des assurances privées crée un obstacle pratiquement insurmontable pour les personnes à revenu moyen. Seules les personnes très fortunées peuvent raisonnablement se permettre d'avoir recours à des services entièrement privés. L'exploitation au Québec d'un établissement non conventionné, en supposant qu'un permis soit délivré, relève du cas d'exception. La juge de

private provision of services that are already available under the public plan (p. 812). This observation relates to the effects of the prohibition. These effects must not be confused with the objective of the legislation. According to the Attorney General of Quebec, the purpose of the prohibition is to preserve the integrity of the public health care system. From this perspective, the objective appears at first glance to be pressing and substantial. Its pressing and substantial nature can be confirmed by considering the historical context.

56 Government involvement in health care came about gradually. Initially limited to extreme cases, such as epidemics or infectious diseases, the government's role has expanded to become a safety net that ensures that the poorest people have access to basic health care services. The enactment of the first legislation providing for universal health care was a response to a need for social justice. According to Dr. Fernand Turcotte, [TRANSLATION] "it was recognized [during the 1920s] that illness had become the primary cause of impoverishment for Canadians, owing to the loss of work that almost always results from serious illness and the loss of family assets, which were inevitably swallowed up to pay for health care" (report by F. Turcotte, *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada* (1998), at p. 4). Since the government passed legislation based on its view that it had to be the principal actor in the health care sphere, it is easy to understand its distrust of the private sector. At the stage of analysis of the objective of the legislation, I believe that preserving the public plan is a pressing and substantial purpose.

B. *Proportionality*

(1) Rational Connection

57 The next question is whether the prohibition on private insurance has a rational connection with the objective of preserving the public plan. Does this measure assist the state in implementing a public plan that provides high-quality health care services that are accessible to all residents of Quebec?

première instance a d'ailleurs conclu que la prohibition avait pour effet de limiter « de façon considérable » la fourniture privée de services de même nature que ceux déjà offerts par le régime public (p. 812). Cette observation concerne les effets de la prohibition. Ces effets ne doivent pas être confondus avec l'objectif législatif. Selon le procureur général du Québec, la prohibition a pour but de préserver l'intégrité du régime public de soins de santé. Présenté ainsi, il semble qu'il s'agisse, a priori, d'un objectif urgent et réel. Considéré dans une perspective historique, l'énoncé peut être confirmé.

L'intervention des gouvernements dans le domaine de la santé s'est faite graduellement. Initialement limitée aux cas extrêmes d'épidémies ou de maladies infectieuses, l'intervention de l'État s'est élargie pour devenir un filet de sécurité assurant que les plus pauvres aient accès à des soins minimaux. L'adoption des premières lois établissant des services de santé universels répondait à un besoin de justice sociale. Selon le D^r^ Fernand Turcotte, pendant les années 20, « on reconnaissait que la maladie était devenue la principale cause d'appauvrissement des Canadiens par le chômage auquel contraint presque toujours la maladie grave et par l'engloutissement du patrimoine familial qu'entraînait inéluctablement, le paiement des soins » (rapport de F. Turcotte, *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada* (1998), p. 4). Comme le gouvernement a légiféré parce qu'il estimait nécessaire d'être le principal acteur en matière de santé, il est facile de comprendre sa méfiance envers le secteur privé. À l'étape de l'évaluation de l'objectif législatif, j'estime que la volonté de préserver le régime public constitue un but réel et pressant.

B. *La proportionnalité*

(1) Le lien rationnel

La question qui se pose est de savoir si la prohibition des assurances privées a un lien rationnel avec l'objectif de préservation du régime public. Cette mesure aide-t-elle l'État à mettre en œuvre un régime public de soins de qualité accessibles à tous les résidents du Québec?

According to the trial judge, the effect of the measure adopted by the state is to "significantly" limit private health care. Although the effect of a measure is not always indicative of a rational connection between the measure and its objective, in the instant case the consequences show an undeniable connection between the objective and the measure. The public plan is preserved because it has a quasi-monopoly.

(2) Minimal Impairment

The trial judge made certain assertions that suggest she found that the measure met the minimal impairment test. However, her approach was not appropriate to s. 9.1 of the *Quebec Charter*. Her comments must therefore be considered in their context, not only because she failed to address the *Quebec Charter*, but also because she appears to have placed the onus on the appellants to prove that private insurance would provide a solution to the problem of waiting lists (at p. 796):

[TRANSLATION] The Court further finds that although some of these specialists indicated a desire to be free to obtain private insurance, none of them gave their full and absolute support to the applicants' proposals, as they explained that it was neither clear nor obvious that a reorganization of the health system with a parallel private system would solve all the existing problems of delays and access. On the contrary, the specialists who testified remained quite circumspect about this complex and difficult question.

The burden of proof does not rest on the appellants. Under s. 9.1 of the *Quebec Charter*, the onus was on the Attorney General of Quebec to prove that the prohibition is justified. He had to show that the measure met the minimal impairment test. The trial judge did not consider the evidence on the basis that there was a burden on the Attorney General of Quebec.

To determine whether the Attorney General of Quebec has discharged this burden, I will begin by analysing the expert evidence submitted to the Superior Court. I will then examine the situations in the other provinces of Canada and in certain countries of the Organization for Economic Cooperation

Selon la juge de première instance, la mesure décrétée par l'État a pour effet de limiter « de façon considérable » les soins privés. Bien que l'effet d'une mesure ne témoigne pas toujours de l'existence d'un lien rationnel entre la mesure et son objectif, dans le cas présent, les conséquences démontrent indéniablement un rapport entre l'objectif et la mesure choisie. Le régime public est préservé parce qu'il est placé en situation de quasi-monopole. 58

(2) L'atteinte minimale

La juge de première instance a fait certaines affirmations tendant à indiquer qu'elle aurait conclu que la mesure satisfaisait le critère de l'atteinte minimale. Elle n'a cependant pas suivi une grille d'analyse propre à l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Ses commentaires doivent donc être situés dans leur contexte non seulement parce qu'elle n'a pas examiné la *Charte québécoise*, mais aussi parce qu'elle semble avoir imposé aux appelants le fardeau de prouver que l'assurance privée permettrait de résoudre le problème des listes d'attente (p. 796) : 59

Par ailleurs, le Tribunal constate que, malgré que certains de ces spécialistes aient manifesté le désir d'avoir la possibilité de posséder une assurance privée, nul n'a appuyé de façon totale et entière les propositions des requérants expliquant que ce n'est ni certain ni évident qu'un réaménagement du système de santé avec un système privé parallèle réglerait tous les problèmes actuels de délais et d'accès. Au contraire, les spécialistes entendus sont demeurés très prudents sur la question, qui est complexe et difficile.

Le fardeau de la preuve n'incombait pas aux appelants. Suivant l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*, il revenait au procureur général du Québec de prouver que la prohibition est justifiée. Il devait démontrer que la mesure choisie satisfaisait au critère de l'atteinte minimale. La juge de première instance n'a pas analysé la preuve en fonction d'un fardeau reposant sur le procureur général du Québec. 60

Pour vérifier si le procureur général du Québec s'est acquitté de ce fardeau, j'analyserai d'abord la preuve d'expert présentée devant la Cour supérieure. Par la suite, j'examinerai l'état de la situation dans les autres provinces du Canada ainsi que dans certains pays de l'Organisation de coopération et de 61

and Development ("OECD"). Finally, I will address the deference the Court must show where the government has chosen among a number of measures that may impair protected rights.

(a) *The Experts Who Testified at Trial and Whose Evidence Was Accepted by the Superior Court Judge*

62 As can be seen from the evidence, the arguments made in support of the position that the integrity of the public system could be jeopardized by abolishing the prohibition can be divided into two groups. The first group of arguments relates to human reactions of the various people affected by the public plan, while the second group relates to the consequences for the plan itself.

(i) Human Reactions

63 1. Some witnesses asserted that the emergence of the private sector would lead to a reduction in popular support in the long term because the people who had private insurance would no longer see any utility for the public plan. Dr. Howard Bergman cited an article in his expert report. Dr. Theodore R. Marmor supported this argument but conceded that he had no way to verify it.

2. Some witnesses were of the opinion that the quality of care in the public plan would decline because the most influential people would no longer have any incentive to bring pressure for improvements to the plan. Dr. Bergman cited a study by the World Bank in support of his expert report. Dr. Marmor relied on this argument but confirmed that there is no direct evidence to support this view.

3. There would be a reduction in human resources in the public plan because many physicians and other health care professionals would leave the plan out of a motive for profit: Dr. Charles J. Wright cited a study done in the United Kingdom, but admitted that he had read only a summary and not the study itself. Although Dr. Marmor supported the assertion, he testified

développement économiques (« OCDE »). Je m'interrogerai enfin sur la déférence dont la Cour doit faire preuve lorsque le gouvernement choisit entre plusieurs mesures qui sont susceptibles de porter atteinte aux droits protégés.

a) *Les experts entendus au procès et dont le témoignage a été retenu par la juge de la Cour supérieure*

L'examen de la preuve permet de regrouper en deux blocs les arguments avancés pour soutenir que l'intégrité du système public pourrait être menacée par l'abolition de la prohibition. Le premier bloc comprend les réactions humaines des différentes personnes touchées par le régime public, alors que le deuxième groupe d'arguments a trait aux conséquences sur le régime lui-même.

(i) Réactions humaines

1. Certains témoins ont avancé que l'émergence du secteur privé entraînerait une réduction du support populaire à long terme parce que les personnes bénéficiant d'une assurance privée ne verraient plus l'utilité du régime public. Un article est invoqué par le D[r] Howard Bergman dans son rapport d'expertise. Le D[r] Theodore R. Marmor soutient cette thèse mais admet qu'il n'a pas de moyen de la confirmer.

2. Certains témoins ont exprimé l'avis que la qualité des soins dans le régime public diminuerait, parce que les personnes les plus influentes ne seraient plus incitées à faire pression pour améliorer le régime. Une étude menée par la Banque mondiale est invoquée par le D[r] Bergman au soutien de son rapport d'expertise. D[r] Marmor se fonde sur cet argument, mais confirme qu'il n'y a pas de preuve directe de ce point de vue.

3. Il y aurait réduction des ressources humaines dans le régime public parce que plusieurs médecins et autres professionnels de la santé quitteraient le régime dans un esprit de profit : une étude menée au Royaume-Uni est invoquée par le D[r] Charles J. Wright, mais le témoin admet qu'il n'a jamais lu l'étude, seulement un résumé. Le D[r] Marmor, même s'il supporte

that there is really no way to confirm it empirically. In his opinion, it is simply a matter of common sense.

4. An increase in the use of private health care would contribute to an increase in the supply of care for profit and lead to a decline in the professionalism and ethics of physicians working in hospitals. No study was cited in support of this opinion that seems to be based only on the witnesses' common sense.

It is apparent from this summary that for each threat mentioned, no study was produced or discussed in the Superior Court. While it is true that scientific or empirical evidence is not always necessary, witnesses in a case in which the arguments are supposedly based on logic or common sense should be able to cite specific facts in support of their conclusions. The human reactions described by the experts, many of whom came from outside Quebec, do not appear to me to be very convincing, particularly in the context of Quebec legislation. Participation in the public plan is mandatory and there is no risk that the Quebec public will abandon the public plan. The state's role is not being called into question. As well, the *HEIA* contains a clear provision authorizing the Minister of Health to ensure that the public plan is not jeopardized by having too many physicians opt for the private system (s. 30 *HEIA*). The evidence that the existence of the health care system would be jeopardized by human reactions to the emergence of a private system carries little weight.

(ii) Impact on the Public Plan

1. There would be an increase in overall health expenditures: the alleged increase would come primarily from the additional expenditures incurred by individuals who decide to take out private insurance; the rest of the increase in costs would be attributable to the cost of management of the private system by the state.

l'affirmation, témoigne qu'il n'y a pas vraiment de moyen empirique de la confirmer. Il s'agit, selon lui, simplement d'une question de bon sens.

4. L'augmentation du recours aux soins privés contribuerait à une augmentation de la fourniture de soins dictée par le profit et entraînerait une diminution du professionnalisme et de l'éthique des médecins dans les hôpitaux. Aucune étude n'a été citée à l'appui de cette opinion, qui ne paraît fondée que sur le sens commun des témoins.

64 Il ressort de cette synthèse que, pour chaque menace décrite, aucune étude n'a été produite ou analysée devant la Cour supérieure. Il est vrai qu'une preuve scientifique ou empirique n'est pas toujours nécessaire, mais dans un cas où les arguments sont censés être fondés sur la logique ou le bon sens, les témoins devraient être en mesure de faire appel à des faits caractéristiques justifiant leur conclusion. Les réactions humaines décrites par les experts, dont plusieurs sont de l'extérieur du Québec, ne me paraissent pas très convaincantes, surtout dans le contexte de la législation québécoise. La participation au régime public est obligatoire; il n'y a pas de risque que la population québécoise abandonne le régime public. L'intervention de l'État n'est pas remise en question. De plus, la *LAM* contient une disposition claire permettant au ministre de la Santé de s'assurer que le régime public ne soit pas mis en péril par la décision d'un trop grand nombre de médecins d'opter pour le régime privé (art. 30 *LAM*). La preuve que l'existence du système de santé serait menacée par des réactions humaines à l'émergence d'un réseau privé a peu de poids.

(ii) Impact sur le régime public

65 1. Il y aurait augmentation des dépenses globales en matière de santé : l'augmentation alléguée viendrait principalement des dépenses additionnelles faites par les personnes décidant de souscrire une assurance privée. L'autre partie de l'augmentation des coûts serait attribuable au coût de gestion du régime privé par l'État.

2. Insurers would reject the most acute patients, leaving the most serious cases to be covered by the public plan.

3. In a private system, physicians would tend to lengthen waiting times in the public sector in order to direct patients to the private sector from which they would derive a profit.

66 Once again, I am of the opinion that the reaction some witnesses described is highly unlikely in the Quebec context. First, if the increase in overall costs is primarily attributable to the individual cost of insurance, it would be difficult for the state to prevent individuals who wished to pay such costs from choosing how to manage their own finances. Furthermore, because the public plan already handles all the serious cases, I do not see how the situation could be exacerbated if that plan were relieved of the clientele with less serious health problems. Finally, because of s. 1(*e*), non-participating physicians may not practise as participants; they will not therefore be faced with the conflict of interest described by certain witnesses. As for physicians who have withdrawn (s. 1(*d*) *HEIA*), the state controls their conditions of practice by way of the agreements (s. 1(*f*) *HEIA*) they are required to sign. Thus, the state can establish a framework of practice for physicians who offer private services.

67 The trial judge's assessment of the evidence was founded on the idea that the appellants had to prove that abolishing the prohibition would improve the public plan. She also analysed the case from the perspective of s. 7 of the *Canadian Charter*, which placed the burden on the appellants rather than on the Attorney General of Quebec. Furthermore, a number of witnesses failed to consider the legislation specific to Quebec. The combination of these three oversights or errors means that the findings must be qualified and adapted to s. 9.1 of the *Quebec Charter*.

68 Upon completing her analysis, the trial judge drew the following conclusion (at p. 827):

2. Les assureurs refuseraient les patients les plus lourds, laissant au régime public les cas les plus graves.

3. Dans un régime privé, les médecins auraient tendance à provoquer une augmentation des listes d'attente du secteur public pour orienter les patients vers un secteur privé dont ils tireraient profit.

Une fois de plus, je suis d'avis que, dans le contexte québécois, la réaction décrite par certains témoins est peu probable. D'abord, si l'augmentation des dépenses globales est principalement attribuable aux dépenses individuelles d'assurance, l'État peut difficilement empêcher les particuliers qui veulent assumer de tels coûts de choisir la façon de gérer leurs finances personnelles. De plus, puisque le régime public s'occupe déjà de tous les cas lourds, je ne vois pas comment la situation pourrait s'aggraver si ce régime était soulagé de la clientèle ayant des problèmes de santé moins graves. Enfin, en raison de l'al. 1*e*) les médecins non participants ne peuvent pratiquer comme participants. Ils ne peuvent donc pas se trouver dans la situation de conflit d'intérêts décrite par quelques témoins. Pour ce qui est des médecins désengagés (al. 1*d*) *LAM*), l'État contrôle les conditions de pratique par les ententes (al. 1*f*) *LAM*) auxquelles ils doivent adhérer. L'État peut donc prévoir le cadre d'exercice des médecins qui offrent des services privés.

La juge de première instance a évalué la preuve en ayant à l'esprit que les appelants devaient prouver que l'abolition de la prohibition améliorerait le régime public. De plus, elle a analysé le dossier au regard de l'art. 7 de la *Charte canadienne* qui impose le fardeau de la preuve aux appelants plutôt qu'au procureur général du Québec. Au surplus, plusieurs témoins n'ont pas tenu compte de la législation particulière du Québec. La combinaison de ces trois lacunes ou erreurs fait en sorte que les conclusions doivent être nuancées pour être adaptées à l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*.

En fait, après avoir complété son analyse, la juge a tiré la conclusion suivante (p. 827) :

[TRANSLATION] These provisions are based on the fear that the establishment of a private health care system would rob the public sector of a significant portion of the available health care resources. [Emphasis added.]

Thus, the judge's finding that the appellants had failed to show that the scope of the prohibition was excessive and that the principles of fundamental justice had not been violated was based solely on the "fear" of an erosion of resources or a [TRANSLATION] "threat [to] the integrity" of the system (p. 827 (emphasis deleted)). But the appellants did not have the burden of disproving every fear or every threat. The onus was on the Attorney General of Quebec to justify the prohibition. Binnie and LeBel JJ. rely on a similar test in asserting that private health care would likely have an impact on the public plan. This standard does not meet the requirement of preponderance under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. It can be seen from the evidence that the Attorney General of Quebec failed to discharge his burden of proving that a total prohibition on private insurance met the minimal impairment test.

There is other evidence in the record that might be of assistance in the justification analysis. In this regard, it is useful to observe the approaches of the other Canadian provinces because they also operate within the financial framework established by the *Canada Health Act*.

(b) *Overview of Other Provincial Plans*

The approach to the role of the private sector taken by the other nine provinces of Canada is by no means uniform. In addition to Quebec, six other provinces have adopted measures to discourage people from turning to the private sector. The other three, in practice, give their residents free access to the private sector.

Ontario (*Health Care Accessibility Act*, R.S.O. 1990, c. H.3, s. 2), Nova Scotia (*Health Services and Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 197, s. 29(2)) and Manitoba (*Health Services Insurance Act*, R.S.M. 1987, c. H35, s. 95(1)) prohibit non-participating physicians from charging their

À la base de ces dispositions réside la crainte que l'établissement d'un système de soins privé aurait pour effet de subtiliser une partie substantielle des ressources en matière de santé au détriment du secteur public. [Je souligne.]

C'est donc seulement en raison d'une « crainte » d'érosion des ressources ou d'une « menac[e à] l'intégrité » du système (p. 827 (soulignement omis)) que la juge conclut que les appelants n'ont pas démontré que la prohibition a une portée excessive, et donc que les principes de justice fondamentale ne sont pas enfreints. Les appelants n'avaient cependant pas le fardeau d'écarter toute crainte ou toute menace. Il revenait au procureur général du Québec de justifier la prohibition. Les juges Binnie et LeBel s'appuient sur un critère analogue lorsqu'ils affirment que les soins privés sont susceptibles d'affecter le régime public. Cette norme ne satisfait pas à l'exigence de prépondérance de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Il ressort de l'examen de la preuve que le procureur général du Québec ne s'est pas acquitté de son fardeau de prouver que la prohibition totale des assurances privées satisfaisait au critère de l'atteinte minimale.

69 Le dossier comporte d'autres éléments qui peuvent être utiles dans l'analyse de la justification. À cet égard, il est intéressant d'observer ce que font les autres provinces canadiennes, puisqu'elles évoluent aussi dans le cadre financier établi par la *Loi canadienne sur la santé*.

b) *Aperçu des régimes des autres provinces*

70 L'approche adoptée par les neuf autres provinces canadiennes en ce qui concerne le rôle du secteur privé est loin d'être uniforme. En plus du Québec, six autres provinces sont dotées de mesures qui découragent le recours au secteur privé. Les trois autres laissent à leurs résidents pratiquement libre accès au secteur privé.

71 L'Ontario (*Loi sur l'accessibilité aux services de santé*, L.R.O. 1990, ch. H.3, art. 2), la Nouvelle-Écosse (*Health Services and Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 197, par. 29(2)) et le Manitoba (*Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.M. 1987, ch. H35, par. 95(1)) interdisent aux médecins non

patients more than what physicians receive from the public plan. In practice, there is no financial incentive to opt for the private sector. It is worth noting that Nova Scotia does not prohibit insurance contracts to cover health care obtained in the private sector. Ontario and Manitoba prohibit insurance contracts but refund amounts paid by patients to non-participating physicians.

72 Alberta (*Alberta Health Care Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. A-20, s. 9(1)), British Columbia (*Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286, s. 18(2)) and Prince Edward Island (*Health Services Payment Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-2, ss. 10, 10.1 and 14.1) have adopted a very different approach. In those provinces, non-participating physicians are free to set the amount of their fees, but the cost of the services is not refunded and contracts for insurance to cover services offered by the public plan are prohibited. This is the same policy as has been adopted by Quebec.

73 Saskatchewan (*Saskatchewan Medical Care Insurance Act*, R.S.S. 1978, c. S-29, s. 18(1.1)), New Brunswick (*Medical Services Payment Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-7, s. 2.01(*a*), and *General Regulation — Medical Services Payment Act*, N.B. Reg. 84-20, Sch. 2, para. (*n.1*)), and Newfoundland and Labrador (*Medical Care Insurance Act, 1999*, S.N.L. 1999, c. M-5.1, s. 10(5), and *Medical Care Insurance Insured Services Regulations*, C.N.L.R. 21/96, s. 3) are open to the private sector. New Brunswick allows physicians to set their own fees. In Saskatchewan, this right is limited to non-participating physicians. The cost is not refunded by the public plan, but patients may purchase insurance to cover those costs. Newfoundland and Labrador agrees to reimburse patients, up to the amount covered by the public plan, for fees paid to non-participating physicians. In Newfoundland and Labrador, patients may subscribe to private insurance to cover the difference.

participants d'exiger de leurs patients plus que ce que les médecins reçoivent du régime public. En pratique, les médecins n'ont pas d'avantage pécuniaire à opter pour le secteur privé. Il est intéressant de constater que la Nouvelle-Écosse ne prohibe pas la conclusion de contrats d'assurance à l'égard des soins obtenus dans le secteur privé alors que l'Ontario et le Manitoba prohibent de tels contrats, mais remboursent aux patients le coût des services payés à un médecin non participant.

L'Alberta (*Alberta Health Care Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. A-20, par. 9(1)), la Colombie-Britannique (*Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286, par. 18(2)) et l'Île-du-Prince-Édouard (*Health Services Payment Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-2, art. 10, 10.1 et 14.1) ont adopté une approche très différente. Dans ces provinces, les médecins non participants sont libres de fixer le montant de leurs honoraires, mais le coût des services n'est pas remboursé et il n'est pas permis de conclure des contrats pour s'assurer pour les services offerts par le régime public. Cette politique est celle choisie par le Québec.

La Saskatchewan (*Saskatchewan Medical Care Insurance Act*, R.S.S. 1978, ch. S-29, par. 18(1.1)), le Nouveau-Brunswick (*Loi sur le paiement des services médicaux*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-7, al. 2.01*a*), et *Règlement général — Loi sur le paiement des services médicaux*, Règl. du N.-B. 84-20, ann. 2, al. *n.1*)) et Terre-Neuve-et-Labrador (*Medical Care Insurance Act, 1999*, S.N.L. 1999, ch. M-5.1, par. 10(5), et *Medical Care Insurance Insured Services Regulations*, C.N.L.R. 21/96, art. 3) se montrent ouverts au secteur privé. Le Nouveau-Brunswick permet aux médecins de fixer eux-mêmes leurs honoraires. En Saskatchewan, ce droit est limité aux médecins non participants. Le coût n'est pas remboursé par le régime public, mais les patients peuvent s'assurer pour ces coûts. Pour sa part, Terre-Neuve-et-Labrador accepte de rembourser aux patients les frais payés au médecin non participant jusqu'à concurrence de la somme couverte par le régime public. À Terre-Neuve-et-Labrador, les patients peuvent souscrire une assurance privée pour couvrir la différence.

Even if it were assumed that the prohibition on private insurance could contribute to preserving the integrity of the system, the variety of measures implemented by different provinces shows that prohibiting insurance contracts is by no means the only measure a state can adopt to protect the system's integrity. In fact, because there is no indication that the public plans of the three provinces that are open to the private sector suffer from deficiencies that are not present in the plans of the other provinces, it must be deduced that the effectiveness of the measure in protecting the integrity of the system has not been proved. The example illustrated by a number of other Canadian provinces casts doubt on the argument that the integrity of the public plan depends on the prohibition against private insurance. Obviously, since Quebec's public plan is in a quasi-monopoly position, its predominance is assured. Also, the regimes of the provinces where a private system is authorized demonstrate that public health services are not threatened by private insurance. It can therefore be concluded that the prohibition is not necessary to guarantee the integrity of the public plan.

74 Même si on tenait pour acquis que la prohibition des assurances privées peut contribuer à préserver l'intégrité du système, la variété des mesures mises en place par les différentes provinces démontre qu'une telle mesure est loin d'être la seule à laquelle un État peut recourir. En fait, comme rien n'indique que le régime public des trois provinces sympathiques au secteur privé souffre de tares dont sont exempts les régimes des autres provinces, il faut en déduire que l'efficacité de la mesure n'est pas démontrée. L'exemple de plusieurs provinces canadiennes fait donc douter de la validité de l'argument suivant lequel l'intégrité du régime public dépend de la prohibition des assurances privées. Certes, comme le régime public québécois est dans une position quasi monopolistique, sa prédominance est assurée. Les régimes en vigueur dans les provinces où un système privé est autorisé démontrent également que les services de santé publics ne sont pas menacés par l'assurance privée. Il est donc permis d'inférer que la prohibition n'est pas nécessaire pour assurer l'intégrité du régime public.

In the context of s. 9.1 of the *Quebec Charter*, I must conclude that a comparison with the plans of the other Canadian provinces does not support the position of the Attorney General of Quebec.

75 Dans le contexte de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*, force est de constater que la comparaison avec les régimes des autres provinces canadiennes n'appuie pas la position du procureur général du Québec.

There are also many reports in the record on which to base an overview of current practices in several OECD countries.

76 De nombreux rapports produits au dossier permettent aussi de faire un survol des pratiques ayant cours dans plusieurs pays de l'OCDE.

(c) *Overview of Practices in Certain OECD Countries*

c) *Survol des pratiques dans quelques pays de l'OCDE*

Mr. Chaoulli, echoed by at least one of the witnesses (Dr. Coffey), argued that Canada is the only OECD country to prohibit insurance for health care provided by non-participating physicians. This assertion must be clarified as it relates to Canada: it is true of only six provinces. It must also be qualified in the international context: while no such prohibition is found in any other OECD country, it should nonetheless be mentioned that measures to protect the public plan have been implemented in a number of countries, even some of the countries whose health

77 Monsieur Chaoulli avance, argument qui est repris par au moins un témoin (D[r] Coffey), que le Canada est le seul pays de l'OCDE à prohiber les assurances pour les soins dispensés par les médecins non participants. Cette affirmation doit être située dans le contexte canadien : elle n'est fondée que pour six provinces. De plus, dans le contexte international, elle doit être nuancée. En effet, si une telle prohibition n'existe dans aucun autre pays de l'OCDE, il convient tout de même de signaler que, dans plusieurs pays, des mesures sont mises en

care plans have been provided as models. There is no single model; the approach in Europe is no more uniform than in Canada.

78 In a number of European countries, there is no insurance paid for directly out of public funds. In Austria, services are funded through decentralized agencies that collect the necessary funds from salaries. People who want to obtain health care in the private sector in addition to the services covered by the mandatory social insurance are free to do so, but private insurance may cover no more than 80 percent of the cost billed by professionals practising in the public sector. The same type of plan exists in Germany and the Netherlands, but people who opt for private insurance are not required to pay for the public plan. Only nine percent of Germans opt for private insurance.

79 Australia's public system is funded in a manner similar to the Quebec system. However, Australia's system is different in that the private and public sectors coexist, and insurance covering private sector health care is not prohibited. The government attempts to balance access to the two sectors by allowing taxpayers to deduct 30 percent of the cost of private insurance. Insurance rates are regulated to prevent insurers from charging higher premiums for higher-risk individuals (C. H. Tuohy, C. M. Flood and M. Stabile, "How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations" (2004), 29 *J. Health Pol.* 359).

80 The United Kingdom does not restrict access to private insurance for health care (*The Health of Canadians — The Federal Role*, vol. 3, *Health Care Systems in Other Countries*, Interim Report (2002), at p. 38). Nor does the United Kingdom limit a physician's ability to withdraw from the public plan. However, physicians working full-time in public hospitals are limited in the amounts that they may bill in the private sector to supplement

œuvre pour protéger le régime public, et ce, même dans certains des pays où les régimes de santé sont présentés comme des modèles à suivre. Il n'existe cependant pas de modèle unique. En effet, pas plus en Europe qu'au Canada ne retrouve-t-on une approche uniforme.

Plusieurs pays d'Europe n'ont pas recours à une assurance payée directement sur les fonds publics. En Autriche, les services sont financés par l'intermédiaire d'organismes décentralisés qui perçoivent les fonds requis sur les salaires. Les personnes qui veulent obtenir des soins du secteur privé, en sus de ceux payés par l'assurance sociale obligatoire, sont libres de le faire, mais l'assurance privée ne peut couvrir plus de 80 pour 100 du coût facturé par les professionnels œuvrant dans le secteur public. En Allemagne et aux Pays-Bas, le même type de régime est en place, mais les personnes qui optent pour l'assurance privée n'ont pas à débourser pour le régime public. Seulement 9 pour 100 des Allemands optent pour l'assurance privée.

Le financement du régime public australien est similaire au financement du régime québécois. Le régime australien se distingue cependant en ce que les secteurs privé et public cohabitent, et l'assurance pour couvrir les soins de santé offerts par le secteur privé n'est pas prohibée. Le gouvernement tente d'équilibrer l'accès aux deux secteurs en autorisant les contribuables à déduire 30 pour 100 du coût de l'assurance privée. Les taux d'assurances sont réglementés, afin d'éviter que les assureurs exigent des primes plus élevées des personnes présentant plus de risques (C. H. Tuohy, C. M. Flood et M. Stabile, « How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations » (2004), 29 *J. Health Pol.* 359).

Le Royaume-Uni ne restreint pas l'accès à l'assurance privée pour les soins de santé (*La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, vol. 3, *Les systèmes de soins de santé dans d'autres pays*, Rapport intérimaire (2002), p. 36). Il ne limite pas non plus la possibilité pour un médecin de se désengager du régime public. Les médecins travaillant à temps plein dans des hôpitaux publics sont assujettis à des limites quant aux sommes qu'ils peuvent

income earned in the public sector (p. 40). Only 11.5 percent of Britons had taken out private insurance in 1998 (Tuohy, Flood and Stabile, at p. 374), and only 8 percent of hospital beds in the United Kingdom are private (Quebec and France, *Health Indicators: International Comparisons: 15 years of Evolution: Canada, France, Germany, Québec, United Kingdom, United States* (1998), at p. 55). New Zealand has a plan similar to that of the United Kingdom with the difference that 40 percent of New Zealanders have private insurance (Tuohy, Flood and Stabile, at p. 363).

Sweden does not prohibit private insurance, and the state does not refund the cost of health care paid for in the private sector. Private insurance accounts for only two percent of total health care expenditures and there are only nine private hospitals (*The Health of Canadians — The Federal Role*, at pp. 31-33).

It can be seen from the systems in these various OECD countries that a number of governments have taken measures to protect their public plans from abuse. The measures vary from country to country depending on the nature of their specific systems. For example, in the United Kingdom, there are limits on the amounts physicians may earn in the private sector in addition to what they receive from the public plan. Australia has opted to regulate insurance premiums, but it is alone in this respect.

As can be seen from the evolution of public plans in the few OECD countries that have been examined in studies produced in the record, there are a wide range of measures that are less drastic, and also less intrusive in relation to the protected rights. The Quebec context is a singular one, not only because of the distinction between participating physicians, non-participating physicians and physicians who have withdrawn (s. 1 *HEIA*), but also because the Minister may require non-participating physicians to provide health services if he or she considers it likely that the services will not be provided under uniform conditions throughout Quebec or in a particular region (s. 30 *HEIA*). A measure as drastic as

facturer au secteur privé pour compléter les revenus gagnés dans le secteur public (p. 38). Seulement 11,5 pour 100 des Britanniques avaient contracté une assurance privée en 1998 (Tuohy, Flood et Stabile, p. 374), et seulement 8 pour 100 des lits d'hôpitaux du Royaume-Uni sont privés (Québec et France, *Indicateurs sociosanitaires : comparaisons internationales : évolution 1980-1994 : Allemagne, Canada, États-Unis, France, Québec, Royaume-Uni* (1998), p. 55). La Nouvelle-Zélande a un régime qui s'apparente à celui du Royaume-Uni, sauf que 40 pour 100 des Néo-Zélandais se dotent d'assurances privées (Tuohy, Flood et Stabile, p. 363).

81 La Suède ne prohibe pas l'assurance privée et l'État ne rembourse pas les soins payés au secteur privé. L'assurance privée compte pour seulement 2 pour 100 des dépenses totales des soins de santé et on y retrouve seulement neuf hôpitaux privés (*La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, p. 29-31).

82 L'examen des régimes en vigueur dans ces quelques pays de l'OCDE permet de constater que plusieurs gouvernements ont pris des mesures pour protéger leur régime public contre les abus. Ces mesures sont fonction du régime particulier de chaque pays. Par exemple, au Royaume-Uni, les médecins sont assujettis à des limites quant à la rémunération additionnelle qu'ils peuvent gagner dans le secteur privé, en sus de ce qu'ils reçoivent du régime public. L'Australie a opté pour la réglementation des primes d'assurance, mais elle fait cavalier seul.

83 L'évolution des régimes publics dans quelques pays de l'OCDE, au sujet desquels des études ont été produites au dossier, fait voir qu'il existe toute une gamme de mesures moins draconiennes, et moins attentatoires aux droits protégés. Le contexte québécois est singulier, non seulement en raison de la distinction entre médecins participants, médecins non participants et médecins désengagés (art. 1 *LAM*), mais aussi parce que le ministre peut forcer un médecin non participant à fournir des services s'il est d'avis que les services de santé sont susceptibles de ne pas être offerts selon des conditions uniformes dans l'ensemble du Québec ou dans une région donnée (art. 30 *LAM*). Une mesure aussi

prohibiting private insurance contracts appears to be neither essential nor determinative.

84 It cannot therefore be concluded from the evidence relating to the Quebec plan or the plans of the other provinces of Canada, or from the evolution of the systems in place in various OECD countries, that the Attorney General of Quebec has discharged his burden of proof under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. A number of measures are available to him to protect the integrity of Quebec's health care plan. The choice of prohibiting private insurance contracts is not justified by the evidence. However, is this a case in which the Court should show deference?

(d) *Level of Deference Required*

85 In the past, the Court has considered the question of the basis of its power of judicial review (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 56; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 98), and it is not necessary to retrace the source of the powers deriving from s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and s. 52 of the *Quebec Charter*. Section 52 of the *Quebec Charter* reads as follows:

52. No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter.

However, as can be seen from the large number of interveners in this appeal, differences of views over the emergence of a private health care plan have a polarizing effect on the debate, and the question of the deference owed to the government by the courts must be addressed. Some of the interveners urge the courts to step in, while others argue that this is the role of the state. It must be possible to base the criteria for judicial intervention on legal principles and not on a socio-political discourse that is disconnected from reality.

86 Under the charters, the government is responsible for justifying measures it imposes that impair rights. The courts can consider evidence concerning

draconienne que la prohibition ne paraît ni indispensable ni déterminante.

Ni l'examen de la preuve concernant le régime québécois ou ceux en vigueur dans les autres provinces canadiennes, ni l'évolution des systèmes en place dans plusieurs pays de l'OCDE ne permettent de conclure que le procureur général du Québec a satisfait au fardeau de preuve qui lui incombe pour l'application de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Il dispose de plusieurs moyens pour protéger l'intégrité du régime québécois de soins de santé. Le choix de la prohibition n'est pas justifié par la preuve. S'agit-il cependant d'un cas où la Cour devrait faire preuve de déférence?

d) *Niveau de déférence requis*

La Cour s'est, dans le passé, interrogée sur le fondement de son pouvoir de révision judiciaire (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 56; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 98), et il n'est pas nécessaire de refaire ici la genèse des pouvoirs liés à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et à l'art. 52 de la *Charte québécoise*. Ce dernier article prévoit :

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

Cependant, comme en font foi les nombreuses interventions présentées à la Cour, les opinions divergentes émises quant à l'émergence d'un régime privé de soins de santé sont source de polarisation du débat et la question de la déférence due par les tribunaux au gouvernement est soulevée. Certains intervenants pressent les tribunaux d'intervenir; d'autres font valoir qu'un tel rôle revient à l'État. Les critères d'intervention des tribunaux doivent pouvoir être fondés sur des principes juridiques, non sur un discours politico-social décroché de la réalité.

En vertu des chartes, le gouvernement a la responsabilité de justifier les mesures attentatoires qu'il impose. Les tribunaux peuvent recevoir de la preuve

the historical, social and economic aspects, or any other evidence that may be material.

It cannot be said that the government lacks the necessary resources to show that its legislative action is motivated by a reasonable objective connected with the problem it has undertaken to remedy. The courts are an appropriate forum for a serious and complete debate. As G. Davidov said in "The Paradox of Judicial Deference" (2000-2001), 12 *N.J.C.L.* 133, at p. 143, "[c]ourts do not have to define goals, choose means or come up with ideas. They do not have to create social policies; they just have to understand what the other branches have created. No special expertise is required for such an understanding." In fact, if a court is satisfied that all the evidence has been presented, there is nothing that would justify it in refusing to perform its role on the ground that it should merely defer to the government's position. When the courts are given the tools they need to make a decision, they should not hesitate to assume their responsibilities. Deference cannot lead the judicial branch to abdicate its role in favour of the legislative branch or the executive branch.

The question submitted by the appellants has a factual content that was analysed by the trial judge. One part of her findings must be adapted to the context of s. 9.1 of the *Quebec Charter*. The other findings remain unchanged. The questions of law are not complex.

The courts have a duty to rise above political debate. They leave it to the legislatures to develop social policy. But when such social policies infringe rights that are protected by the charters, the courts cannot shy away from considering them. The judicial branch plays a role that is not played by the legislative branch. Professor Roach described the complementary role of the courts *vis-à-vis* the legislature as follows (K. Roach, "Dialogic Judicial Review and its Critics" (2004), 23 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 49, at pp. 69-71):

portant sur les aspects historiques, sociaux et économiques ou toute autre preuve qui peut s'avérer pertinente.

87 Nul ne pourrait dire que le gouvernement ne dispose pas des ressources nécessaires pour démontrer que son intervention législative est motivée par un objectif raisonnable ayant un lien avec le problème qu'il s'est donné pour mission de corriger. Les tribunaux constituent un lieu approprié pour un débat posé et complet. Comme le dit G. Davidov, dans « The Paradox of Judicial Deference » (2000-2001), 12 *R.N.D.C.* 133, p. 143 : [TRADUCTION] « [l]es tribunaux n'ont pas à fixer des objectifs, à choisir des moyens ou à trouver des idées. Ils n'ont pas à établir des politiques sociales; il leur suffit seulement de comprendre ce qu'ont établi les autres branches du gouvernement. Pour ce faire, aucune expertise spéciale n'est requise. » En fait, si un tribunal est convaincu que toute la preuve a été présentée, rien ne le justifie de refuser d'exercer son rôle au motif qu'il devrait simplement s'en remettre à l'opinion du gouvernement. Lorsqu'ils disposent des outils nécessaires à la prise d'une décision, les tribunaux ne devraient pas hésiter à assumer leurs responsabilités. La déférence ne saurait entraîner l'abdication par le pouvoir judiciaire de son rôle devant le pouvoir législatif ou exécutif.

88 La question soumise par les appelants a un contenu factuel qui a été analysé par la juge de première instance. Une partie de ses conclusions doit être adaptée à la lumière du contexte de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Les autres conclusions demeurent intactes. Les questions de droit ne sont pas complexes.

89 Les tribunaux ont le devoir de s'élever au-dessus du débat politique. Ils laissent au législateur le soin d'intervenir pour concevoir les politiques sociales. Mais lorsque celles-ci violent les droits protégés par les chartes, ils ne peuvent s'esquiver. Le pouvoir judiciaire joue un rôle que ne joue pas le pouvoir législatif. Le professeur Roach décrit ainsi le rôle complémentaire des tribunaux par rapport au législateur (K. Roach, « Dialogic Judicial Review and its Critics » (2004), 23 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 49, p. 69-71 :

[Some] unique attributes of courts include their commitment to allowing structured and guaranteed participation from aggrieved parties; their independence from the executive, and their commitment to giving reasons for their decisions. In addition, courts have a special commitment to make sense of legal texts that were democratically enacted as foundational documents.

. . . The pleader in court has a guaranteed right of participation and a right to a reasoned decision that addresses the arguments made in court, as well as the relevant text of the democratically enacted law. . . .

Judges can add value to societal debates about justice by listening to claims of injustice and by promoting values and perspectives that may not otherwise be taken seriously in the legislative process.

90 From this perspective, it is through the combined action of legislatures and courts that democratic objectives can be achieved. In their analysis of the Quebec secession reference, Choudhry and Howse describe this division of constitutional responsibilities accurately (S. Choudhry and R. Howse, "Constitutional Theory and The *Quebec Secession Reference*" (2000), 13 *Can. J. L. & Jur.* 143, at pp. 160-61):

[I]nterpretive responsibility for particular constitutional norms is both shared and divided. It is shared to the extent that courts are responsible for articulating constitutional norms in their conceptually abstract form. But interpretive responsibility is divided because beyond the limits of doctrine, constitutional interpretation is left to the political organs. The image which emerges is one of "judicial and legislative cooperation in the molding of concrete standards through which elusive and complex constitutional norms . . . come to be applied."

91 To refuse to exercise the power set out in s. 52 of the *Quebec Charter* would be to deny that provision its real meaning and to deprive Quebeckers of the protection to which they are entitled.

92 In a given case, a court may find that evidence could not be presented for reasons that it considers valid, be it due to the complexity of the evidence or to some other factor. However, the government cannot argue that the evidence is too complex

[TRADUCTION] Les tribunaux ont des attributs qui leurs sont propres, notamment la volonté d'offrir à toutes les parties lésées de participer de façon ordonnée au débat, l'indépendance par rapport au pouvoir exécutif et le devoir de motiver leurs décisions. En outre, les tribunaux sont spécialement chargés d'expliquer les textes juridiques fondamentaux adoptés de façon démocratique.

. . . Le tribunal garantit au plaideur le droit de participer au débat et le droit à une décision motivée en fonction des arguments présentés et des textes de loi pertinents adoptés de façon démocratique. . .

Les juges peuvent ajouter une valeur aux débats de société au sujet de la justice en écoutant les demandes de réparation pour injustice et en proposant des valeurs et des points de vue qui, autrement, peuvent ne pas être envisagés sérieusement dans le cadre de la démarche législative.

Selon ce point de vue, c'est l'action combinée des législatures et des tribunaux qui permettra de réaliser les objectifs démocratiques. Dans leur analyse du renvoi sur la sécession du Québec, les auteurs Choudhry et Howse décrivent bien ce partage des responsabilités constitutionnelles (S. Choudhry et R. Howse, « Constitutional Theory and The *Quebec Secession Reference* » (2000), 13 *Can. J. L. & Jur.* 143, p. 160-161) :

[TRADUCTION] [L]a charge d'interpréter des normes constitutionnelles est à la fois partagée et séparée. Elle est partagée dans la mesure où il appartient aux tribunaux de formuler des normes constitutionnelles dans leur forme conceptuelle abstraite. Mais cette charge est séparée parce qu'au-delà des limites de la doctrine, l'interprétation constitutionnelle est laissée aux organes politiques. L'image qui apparaît alors est celle d'une « collaboration du pouvoir judiciaire avec le pouvoir législatif en vue de façonner des règles concrètes grâce auxquelles des normes constitutionnelles élusives et complexes [. . .] en viennent à s'appliquer. »

Ce serait nier à l'art. 52 de la *Charte québécoise* sa portée véritable que de refuser d'exercer le pouvoir qui y est prévu. Ce serait priver les Québécois de la protection à laquelle ils ont droit.

Dans un dossier donné, un tribunal peut constater que la preuve n'a pas pu être présentée pour des motifs qu'il estime justifiables, que ce soit en raison de sa complexité ou pour toute autre raison. Le gouvernement ne pourrait cependant pas faire valoir

without explaining why it cannot be presented. If such an explanation is given, the court may show greater deference to the government. Based on the extent of the impairment and the complexity of the evidence considered to be necessary, the court can determine whether the government has discharged its burden of proof.

que la preuve est trop complexe sans expliquer les motifs pour lesquels elle ne peut être apportée. Si une telle explication est donnée, le tribunal peut alors accorder aux gouvernements une plus grande déférence. Le tribunal peut évaluer, selon l'importance de l'atteinte et la complexité de la preuve jugée nécessaire, si le gouvernement s'acquitte de son fardeau de preuve.

The court's reasons for showing deference must always reflect the two guiding principles of justification: the measure must be consistent with democratic values and it must be necessary in order to maintain public order and the general well-being of citizens. The variety of circumstances that may be presented to a court is not conducive to the rigidity of an exhaustive list.

93 Les motifs qui justifient les tribunaux de faire montre de déférence doivent toujours faire écho aux deux principes directeurs de la justification : la mesure doit être conforme aux valeurs démocratiques, et elle doit être nécessaire pour le maintien de l'ordre public et le bien-être général des citoyens. La variété des circonstances qui sont susceptibles d'être soumises à un tribunal n'est pas compatible avec le carcan d'une liste limitative.

In past cases, the Court has discussed a number of situations in which courts must show deference, namely situations in which the government is required to mediate between competing interests and to choose between a number of legislative priorities (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 993-94). It is also possible to imagine situations in which a government might lack time to implement programs or amend legislation following the emergence of new social, economic or political conditions. The same is true of an ongoing situation in which the government makes strategic choices with future consequences that a court is not in a position to evaluate.

94 La Cour a déjà exposé plusieurs circonstances dans lesquelles les tribunaux doivent faire preuve de déférence. Il s'agit des cas où le gouvernement doit arbitrer entre des intérêts divergents, choisir entre plusieurs priorités législatives (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 993-994). On peut aussi imaginer le cas où un gouvernement n'aurait pas eu le temps de mettre en œuvre un programme ou de modifier sa législation à la suite de nouvelles conditions sociales, économiques ou politiques. Il en va de même lorsqu'il s'agit d'une situation en cours et que le gouvernement fait des choix stratégiques qui ont des conséquences futures qu'un tribunal n'est pas en mesure d'évaluer.

In short, a court must show deference where the evidence establishes that the government has assigned proper weight to each of the competing interests. Certain factors favour greater deference, such as the prospective nature of the decision, the impact on public finances, the multiplicity of competing interests, the difficulty of presenting scientific evidence and the limited time available to the state. This list is certainly not exhaustive. It serves primarily to highlight the facts that it is up to the government to choose the measure, that the decision is often complex and difficult, and that the government must have the necessary time and resources to

95 En somme, le tribunal doit faire montre de déférence lorsque la preuve démontre que le gouvernement a accordé son juste poids à chaque intérêt en jeu. Certains facteurs militent en faveur d'une plus grande déférence, tels l'aspect prospectif de la décision, l'incidence sur les finances publiques, la multiplicité des intérêts divergents, la difficulté d'apporter une preuve scientifique et le court délai dont a bénéficié l'État. Cette énumération n'est évidemment pas exhaustive. Elle sert surtout à mettre en relief le fait que le choix de la mesure revient au gouvernement, que la décision est souvent complexe et difficile et qu'il doit disposer des moyens et du temps

respond. However, as McLachlin J. (as she then was) said in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 136, ". . . care must be taken not to extend the notion of deference too far".

96 The instant case is a good example of a case in which the courts have all the necessary tools to evaluate the government's measure. Ample evidence was presented. The government had plenty of time to act. Numerous commissions have been established (Commission d'étude sur les services de santé et les services sociaux (Quebec) (Clair Commission), 2000; Comité sur la pertinence et la faisabilité d'un régime universel public d'assurance médicaments (Quebec) (Montmarquette Committee), 2001; Commission on the Future of Health Care in Canada (Canada) (Romanow Commission), 2002), and special or independent committees have published reports (Quebec, *Emerging Solutions: Report and Recommendations* (2001) (Clair Report); Quebec, *Pour un régime d'assurance médicaments équitable et viable* (2001) (Montmarquette Report); Canada, *The Health of Canadians — The Federal Role*, vol. 6, *Recommendations for Reform*, Final Report (2002) (Kirby Report); Canada, *Waiting Lists and Waiting Times for Health Care in Canada: More Management!! More Money??* (1998)). Governments have promised on numerous occasions to find a solution to the problem of waiting lists. Given the tendency to focus the debate on a sociopolitical philosophy, it seems that governments have lost sight of the urgency of taking concrete action. The courts are therefore the last line of defence for citizens.

97 For many years, the government has failed to act; the situation continues to deteriorate. This is not a case in which missing scientific data would allow for a more informed decision to be made. The principle of prudence that is so popular in matters relating to the environment and to medical research cannot be transposed to this case. Under the Quebec plan, the government can control its human resources in various ways, whether by using the time of professionals who have already reached the maximum for

nécessaires pour réagir. Mais, comme le disait la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 136, « . . . il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect ».

Le présent dossier constitue un bon exemple de cas où les tribunaux disposent de tous les outils nécessaires à l'évaluation de la mesure gouvernementale. Une preuve abondante a été présentée. Le gouvernement a bénéficié de beaucoup de temps pour agir. De nombreuses commissions ont été créées (Commission d'étude sur les services de santé et les services sociaux (Québec) (Commission Clair), 2000; Comité sur la pertinence et la faisabilité d'un régime universel public d'assurance médicaments (Québec) (Comité Montmarquette), 2001; Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada (Canada) (Commission Romanow), 2002) et des comités spéciaux ou indépendants ont fait rapport (Québec, *Les solutions émergentes : Rapport et recommandations* (2000) (rapport Clair); Québec, *Pour un régime d'assurance médicaments équitable et viable* (2001) (rapport Montmarquette); Canada, *La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, vol. 6, *Recommandations en vue d'une réforme*, Rapport final (2002) (rapport Kirby); Canada, *Listes d'attente et temps d'attente pour des soins de santé au Canada : Plus de gestion!! Plus d'argent??* (1998)). Les gouvernements ont à maintes reprises promis de trouver une solution au problème des listes d'attente. Il semble cependant que la cristallisation du débat autour d'une philosophie socio-politique fasse perdre de vue l'urgence d'agir concrètement. Le dernier rempart des citoyens demeure alors les tribunaux.

Le gouvernement tarde à agir depuis de nombreuses années et la situation ne cesse de se détériorer. Il ne s'agit pourtant pas d'un cas où des données scientifiques manquantes pourraient permettre de prendre une décision plus éclairée. Le principe de prudence, si populaire en matière d'environnement et de recherche médicale, ne peut être transposé en l'espèce. Le régime québécois permet au gouvernement de contrôler ses effectifs à plus d'un niveau, que ce soit par l'utilisation du temps des

payment by the state, by applying the provision that authorizes it to compel even non-participating physicians to provide services (s. 30 *HEIA*) or by implementing less restrictive measures, like those adopted in the four Canadian provinces that do not prohibit private insurance or in the other OECD countries. While the government has the power to decide what measures to adopt, it cannot choose to do nothing in the face of the violation of Quebeckers' right to security. The government has not given reasons for its failure to act. Inertia cannot be used as an argument to justify deference.

professionnels après que ceux-ci ont atteint le maximum de la rémunération par l'État, par le recours à la disposition permettant de forcer un médecin à fournir des services même s'il n'est pas participant (art. 30 *LAM*), ou encore par la mise en œuvre de mesures moins contraignantes, comme celles prises dans les quatre provinces canadiennes qui ne prohibent pas l'assurance privée ou dans les autres pays de l'OCDE. Le gouvernement a certes le choix des moyens, mais il n'a pas celui de ne pas réagir devant la violation du droit à la sécurité des Québécois. Le gouvernement n'a pas motivé son inaction. L'inertie ne peut servir d'argument pour justifier la déférence.

In the instant case, the effectiveness of the prohibition has by no means been established. The government has not proved, by the evidence in the record, that the measure minimally impairs the protected rights. Moreover, the evidence shows that a wide variety of measures are available to governments, as can be seen from the plans of other provinces and other countries. 98

En l'espèce, l'efficacité de la prohibition est loin d'être démontrée. Le gouvernement n'a pas démontré, par la preuve produite au dossier, que la mesure porte minimalement atteinte aux droits protégés. Par ailleurs, la preuve démontre que les pouvoirs publics disposent d'une grande variété de moyens, comme en font foi les régimes en vigueur dans d'autres provinces et d'autres pays.

(3) Proportionality

(3) La proportionnalité

Having found that s. 15 *HEIA* and s. 11 *HOIA* do not meet the minimal impairment test, I do not need to consider proportionality. If the prohibition is not minimally impairing, it obviously cannot be regarded as a measure that sufficiently addresses the effect of the measure on the protected rights. 99

Ayant conclu que les art. 15 *LAM* et 11 *LAH* ne satisfont pas au critère de l'atteinte minimale, l'examen de la proportionnalité n'est pas nécessaire. Il est en effet évident que, si la prohibition ne constitue pas une atteinte minimale, elle ne peut être considérée comme une mesure qui tient suffisamment compte de l'effet de la mesure sur les droits protégés.

VII. Conclusion

VII. Conclusion

The relief sought by the appellants does not necessarily provide a complete response to the complex problem of waiting lists. However, it was not up to the appellants to find a way to remedy a problem that has persisted for a number of years and for which the solution must come from the state itself. Their only burden was to prove that their right to life and to personal inviolability had been infringed. They have succeeded in proving this. The Attorney General of Quebec, on the other hand, has not proved that the impugned measure, the prohibition 100

La conclusion recherchée par les appelants n'apporte pas nécessairement une réponse au problème complexe des listes d'attente. Il ne revenait cependant pas aux appelants de trouver le moyen de corriger un problème qui perdure depuis plusieurs années et pour lequel la solution doit venir de l'État lui-même. Il leur incombait seulement de prouver que leur droit à la vie et à l'intégrité de leur personne était violé. Ils ont réussi à faire cette démonstration. Le procureur général du Québec, pour sa part, n'a pas réussi à prouver que

on private insurance, was justified under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. Given that this finding is sufficient to dispose of the appeal, it is not necessary to answer the other constitutional questions.

101 For these reasons, I would allow the appeal with costs throughout and would answer the questions relating to the *Quebec Charter* as follows:

Question 1: Does s. 11 of the *Hospital Insurance Act*, R.S.Q., c. A-28, infringe the rights guaranteed by s. 1 of the *Quebec Charter*?

Answer: Yes.

Question 2: If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 9.1 of the *Quebec Charter*?

Answer: No.

Question 3: Does s. 15 of the *Health Insurance Act*, R.S.Q., c. A-29, infringe the rights guaranteed by s. 1 of the *Quebec Charter*?

Answer: Yes.

Question 4: If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 9.1 of the *Quebec Charter*?

Answer: No.

The reasons of McLachlin C.J. and Major and Bastarache JJ. were delivered by

la mesure attaquée, la prohibition des assurances privées, était justifiée au regard de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Comme cette conclusion suffit pour disposer du pourvoi, il n'est pas nécessaire de répondre aux autres questions constitutionnelles.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens devant toutes les cours et de répondre ainsi aux questions fondées sur la *Charte québécoise* :

Question 1 : L'article 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, L.R.Q., ch. A-28, porte-t-il atteinte aux droits garantis par l'art. 1 de la *Charte québécoise*?

Réponse : Oui.

Question 2 : Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*?

Réponse : Non.

Question 3 : L'article 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29, porte-t-il atteinte aux droits garantis par l'art. 1 de la *Charte québécoise*?

Réponse : Oui.

Question 4 : Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*?

Réponse : Non.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Major et Bastarache rendus par

THE CHIEF JUSTICE AND MAJOR J. — We concur in the conclusion of our colleague Deschamps J. that the prohibition against contracting for private health insurance violates s. 1 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, and is not justifiable under s. 9.1. On the argument that the anti-insurance provision also violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Charter*"), we conclude that the provision impermissibly limits the right to life, liberty and security of the person protected by s. 7 of the *Charter* and has not been shown to be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE MAJOR — Nous souscrivons à la conclusion de notre collègue la juge Deschamps selon laquelle l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée contrevient à l'art. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, et n'est pas justifiable au regard de l'art. 9.1. En ce qui concerne l'argument voulant que la disposition interdisant l'assurance contrevienne également à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »), nous concluons que cette disposition restreint de manière inacceptable le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la *Charte*, et que sa justification comme limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte* n'a pas été démontrée. 102

The appellants do not seek an order that the government spend more money on health care, nor do they seek an order that waiting times for treatment under the public health care scheme be reduced. They only seek a ruling that because delays in the public system place their health and security at risk, they should be allowed to take out insurance to permit them to access private services.

Les appelants ne sollicitent pas une ordonnance enjoignant au gouvernement d'investir plus d'argent dans les soins de santé; ils ne sollicitent pas non plus une ordonnance enjoignant de réduire les délais d'attente pour un traitement qui existent dans le système de santé public. Ils requièrent seulement une décision qui les autoriserait à souscrire une assurance leur donnant accès à des services privés, pour le motif que les délais du système public compromettent leur santé et leur sécurité. 103

The *Charter* does not confer a freestanding constitutional right to health care. However, where the government puts in place a scheme to provide health care, that scheme must comply with the *Charter*. We are of the view that the prohibition on medical insurance in s. 15 of the *Health Insurance Act*, R.S.Q., c. A-29, and s. 11 of the *Hospital Insurance Act*, R.S.Q., c. A-28 (see Appendix), violates s. 7 of the *Charter* because it impinges on the right to life, liberty and security of the person in an arbitrary fashion that fails to conform to the principles of fundamental justice.

La *Charte* ne confère aucun droit constitutionnel distinct à des soins de santé. Cependant, lorsque le gouvernement établit un régime de soins de santé, ce régime doit respecter la *Charte*. Nous estimons que l'interdiction de souscrire une assurance médicale que prévoient l'art. 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29, et l'art. 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, L.R.Q., ch. A-28 (voir l'annexe), contrevient à l'art. 7 de la *Charte* parce qu'elle porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière arbitraire, non conforme aux principes de justice fondamentale. 104

The primary objective of the *Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6, is "to protect, promote and restore the physical and mental well-being of residents of Canada and to facilitate reasonable access to health services without financial or other

La *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6, a pour objectif premier « de protéger, de favoriser et d'améliorer le bien-être physique et mental des habitants du Canada et de faciliter un accès satisfaisant aux services de santé, sans obstacles d'ordre 105

barriers" (s. 3). By imposing exclusivity and then failing to provide public health care of a reasonable standard within a reasonable time, the government creates circumstances that trigger the application of s. 7 of the *Charter*.

106 The *Canada Health Act*, the *Health Insurance Act*, and the *Hospital Insurance Act* do not expressly prohibit private health services. However, they limit access to private health services by removing the ability to contract for private health care insurance to cover the same services covered by public insurance. The result is a virtual monopoly for the public health scheme. The state has effectively limited access to private health care except for the very rich, who can afford private care without need of insurance. This virtual monopoly, on the evidence, results in delays in treatment that adversely affect the citizen's security of the person. Where a law adversely affects life, liberty or security of the person, it must conform to the principles of fundamental justice. This law, in our view, fails to do so.

107 While the decision about the type of health care system Quebec should adopt falls to the Legislature of that province, the resulting legislation, like all laws, is subject to constitutional limits, including those imposed by s. 7 of the *Charter*. The fact that the matter is complex, contentious or laden with social values does not mean that the courts can abdicate the responsibility vested in them by our Constitution to review legislation for *Charter* compliance when citizens challenge it. As this Court has said on a number of occasions, "it is the high duty of this Court to insure that the Legislatures do not transgress the limits of their constitutional mandate and engage in the illegal exercise of power": *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 497, *per* Lamer J. (as he then was), quoting *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, at p. 590, *per* Dickson J. (as he then was).

financier ou autre » (art. 3). En imposant l'exclusivité et en ne donnant pas ensuite accès dans un délai raisonnable à des soins de santé publics de qualité raisonnable, le gouvernement crée une situation qui entraîne l'application de l'art. 7 de la *Charte*.

La *Loi canadienne sur la santé*, la *Loi sur l'assurance maladie* et la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* n'interdisent pas expressément les services de santé privés. Toutefois, elles limitent l'accès à ces services en empêchant de souscrire une assurance maladie privée couvrant les mêmes services que l'assurance publique. Cela a pour effet d'assurer un quasi-monopole au régime de santé public. L'État a, en réalité, limité l'accès aux soins de santé privés sauf en ce qui concerne les gens très riches qui peuvent se les offrir sans avoir besoin d'une assurance. Selon la preuve, ce quasi-monopole donne lieu à des délais d'attente pour un traitement qui compromettent la sécurité de la personne des citoyens. La règle de droit qui compromet la vie, la liberté ou la sécurité de la personne doit respecter les principes de justice fondamentale. Nous estimons que la règle de droit dont il est question en l'espèce ne respecte pas les principes de justice fondamentale.

Bien qu'il appartienne au législateur québécois de décider du genre de système de santé qui doit être adopté au Québec, la mesure législative qui s'ensuit est, comme toutes les règles de droit, assujettie à des limites constitutionnelles, y compris celles imposées par l'art. 7 de la *Charte*. Le fait que la question soit complexe ou controversée ou encore qu'elle mette en cause des valeurs sociales ne signifie pas pour autant que les tribunaux peuvent renoncer à exercer leur responsabilité constitutionnelle de vérifier la conformité à la *Charte* d'une mesure législative contestée par des citoyens. Comme notre Cour l'a affirmé à un certain nombre de reprises, « une des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs » (*Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 497, le juge Lamer (plus tard Juge en chef), citant les propos du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, p. 590).

The government defends the prohibition on medical insurance on the ground that the existing system is the only approach to adequate universal health care for all Canadians. The question in this case, however, is not whether single-tier health care is preferable to two-tier health care. Even if one accepts the government's goal, the legal question raised by the appellants must be addressed: is it a violation of s. 7 of the *Charter* to prohibit private insurance for health care, when the result is to subject Canadians to long delays with resultant risk of physical and psychological harm? The mere fact that this question may have policy ramifications does not permit us to avoid answering it.

I. Section 7 of the *Charter*

Section 7 of the *Charter* guarantees that "[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice." The disposition of this appeal therefore requires us to consider (1) whether the impugned provisions deprive individuals of their life, liberty or security of the person; and (2) if so, whether this deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice: see, e.g., *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 83.

A. *Deprivation of Life, Liberty or Security of the Person*

The issue at this stage is whether the prohibition on insurance for private medical care deprives individuals of their life, liberty or security of the person protected by s. 7 of the *Charter.*

The appellants have established that many Quebec residents face delays in treatment that adversely affect their security of the person and that they would not sustain but for the prohibition on medical insurance. It is common ground that the effect of the prohibition on insurance is to allow only the very rich, who do not need insurance, to secure private health care in order to avoid the delays in

Le gouvernement justifie l'interdiction par le fait que le système existant est le seul moyen de garantir l'universalité de soins de santé satisfaisants au Canada. En l'espèce, toutefois, la question n'est pas de savoir si un système de santé unique est préférable à un système à deux vitesses. Même si on souscrit à l'objectif du gouvernement, il faut aborder la question de droit soulevée par les appelants : est-il contraire à l'art. 7 de la *Charte* d'interdire l'assurance maladie privée lorsque cela a pour effet d'exposer la population canadienne à de longs délais auxquels se rattache un risque de préjudice physique et psychologique? Nous ne pouvons pas éviter de répondre à cette question simplement en raison des changements d'orientation qu'elle peut entraîner. 108

I. L'article 7 de la *Charte*

L'article 7 de la *Charte* prévoit que « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne [et qu']il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. » Pour trancher le présent pourvoi, nous devons donc nous demander si les dispositions contestées portent atteinte au droit des particuliers à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne, et, dans l'affirmative, si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale : voir, p. ex., l'arrêt *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 83. 109

A. *Atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne*

À ce stade, la question est de savoir si l'interdiction de souscrire une assurance médicale privée compromet la vie, la liberté ou la sécurité de la personne de certains particuliers, qui sont protégées par l'art. 7 de la *Charte.* 110

Les appelants ont établi que de nombreux résidents québécois doivent composer avec des délais d'attente pour un traitement qui compromettent la sécurité de leur personne et qui pourraient être évités n'était-ce l'interdiction de souscrire une assurance médicale. Il est reconnu que l'interdiction de souscrire une assurance fait en sorte que seuls les gens très riches, qui n'ont pas besoin d'assurance, 111

the public system. Given the ban on insurance, most Quebeckers have no choice but to accept delays in the medical system and their adverse physical and psychological consequences.

112 Delays in the public system are widespread and have serious, sometimes grave, consequences. There was no dispute that there is a waiting list for cardiovascular surgery for life-threatening problems. Dr. Daniel Doyle, a cardiovascular surgeon who teaches and practises in Quebec City, testified that a person with coronary disease is [TRANSLATION] "sitting on a bomb" and can die at any moment. He confirmed, without challenge, that patients die while on waiting lists: A.R., at p. 461. Inevitably, where patients have life-threatening conditions, some will die because of undue delay in awaiting surgery.

113 The same applies to other health problems. In a study of 200 subjects aged 65 and older with hip fractures, the relationship between pre-operative delay and post-operative complications and risk of death was examined. While the study found no relationship between pre-operative delay and post-operative complications, it concluded that the risk of death within six months after surgery increased significantly, by 5 percent, with the length of pre-operative delay: A. Laberge, P. M. Bernard and P. A. Lamarche, "Relationships between the delay before surgery for a hip fracture, postoperative complications and risk of death" (1997), 45 *Rev. Epidém. et Santé Publ.* 5, at p. 9.

114 Dr. Eric Lenczner, an orthopaedic surgeon, testified that the one-year delay commonly incurred by patients requiring ligament reconstruction surgery increases the risk that their injuries will become irreparable (A.R., at p. 334). Dr. Lenczner also testified that 95 percent of patients in Canada wait well over a year, and many two years, for knee replacements. While a knee replacement may seem trivial

ont accès à des soins de santé privés leur permettant d'éviter les délais du système public. À cause de l'interdiction de souscrire une assurance, la plupart des Québécois n'ont d'autre choix que d'accepter les délais du système de santé ainsi que les conséquences physiques et psychologiques néfastes qui s'y rattachent.

Les délais du système public sont répandus et ont des conséquences sérieuses et parfois graves. Personne ne conteste l'existence d'une liste d'attente pour les chirurgies cardiovasculaires majeures. Si l'on se fie au témoignage du D[r] Daniel Doyle, chirurgien cardiovasculaire qui enseigne et pratique à Québec, une personne souffrant d'une maladie coronarienne est « assis[e] sur une bombe » et peut mourir à tout moment. Il a confirmé, ce qui n'a pas été contesté, que des patients meurent alors qu'ils sont inscrits sur une liste d'attente (d.a., p. 461). Certains patients dont la vie est en danger et qui doivent subir une chirurgie mourront immanquablement à cause des délais d'attente injustifiés.

On peut en dire autant d'autres problèmes de santé. Dans une étude réalisée auprès de 200 sujets âgés de 65 ans et plus, qui souffraient d'une fracture de la hanche, des chercheurs ont examiné la relation entre les délais préopératoires, les complications postopératoires et le risque de mortalité. Bien qu'elle ne constate aucun lien entre les délais préopératoires et les complications postopératoires, l'étude conclut que le risque de mortalité au cours des six mois suivant la chirurgie augmente de façon appréciable, c'est-à-dire de 5 pour 100, avec l'importance du délai préopératoire : A. Laberge, P. M. Bernard et P. A. Lamarche, « Relation entre le délai préopératoire pour une fracture de hanche, les complications post-opératoires et le risque de décès » (1997), 45 *Rev. Epidém. et Santé Publ.* 5, p. 9.

D'après le témoignage du D[r] Eric Lenczner, chirurgien orthopédiste, le délai d'attente d'un an qui s'applique généralement aux patients qui doivent subir une chirurgie de reconstruction de ligament accroît le risque d'irrémédiabilité de leurs blessures (d.a., p. 334). Le D[r] Lenczner a également témoigné qu'au Canada 95 pour 100 des candidats à une intervention de remplacement du genou doivent

compared to the risk of death for wait-listed coronary surgery patients, which increases by 0.5 percent per month (A.R., at p. 450), the harm suffered by patients awaiting replacement knees and hips is significant. Even though death may not be an issue for them, these patients "are in pain", "would not go a day without discomfort" and are "limited in their ability to get around", some being confined to wheelchairs or house bound (A.R., at pp. 327-28).

attendre plus d'un an — et, dans maints cas, deux ans — avant de subir l'intervention en question. Bien que le remplacement du genou puisse sembler banal comparativement au risque de mortalité auquel sont exposés les patients inscrits sur les listes d'attente des chirurgies coronariennes, lequel augmente de 0,5 pour 100 par mois (d.a., p. 450), les patients en attente d'une chirurgie de remplacement du genou ou de la hanche subissent un préjudice important. Même si leur vie n'est pas nécessairement en danger, ces patients [TRADUCTION] « souffrent », « éprouvent des malaises tous les jours » et ont une « capacité limitée de se déplacer », certains étant confinés à un fauteuil roulant ou encore incapables de quitter leur domicile (d.a., p. 327-328).

Both the individual members of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology who intervened in this appeal and the Canadian Medical Association cited a Statistics Canada study demonstrating that over one in five Canadians who needed health care for themselves or a family member in 2001 encountered some form of difficulty, from getting an appointment to experiencing lengthy waiting times: C. Sanmartin et al., *Access to Health Care Services in Canada, 2001* (June 2002), at p. 17. Thirty-seven percent of those patients reported pain.

115 Tant les membres du Comité sénatorial permanent des affaires sociales, des sciences et de la technologie qui sont intervenus dans le présent pourvoi que l'Association médicale canadienne ont cité la même étude de Statistique Canada qui démontre que, parmi les Canadiens qui, en 2001, nécessitaient des soins de santé personnellement ou pour un membre de leur famille, plus d'une personne sur cinq a éprouvé une forme quelconque de difficulté, que ce soit pour obtenir un rendez-vous ou en raison d'un long délai d'attente : C. Sanmartin et autres, *Accès aux services de soins de santé au Canada, 2001* (juin 2002), p. 19. Trente-sept pour cent de ces patients ont dit avoir souffert.

In addition to threatening the life and the physical security of the person, waiting for critical care may have significant adverse psychological effects. Serious psychological effects may engage s. 7 protection for security of the person. These "need not rise to the level of nervous shock or psychiatric illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety": *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 60.

116 En plus de compromettre la vie et la sécurité physique de la personne, l'attente de soins cruciaux peut avoir d'importantes conséquences psychologiques néfastes. Les conséquences psychologiques sérieuses peuvent faire intervenir la protection de la sécurité de la personne garantie par l'art. 7. Il « n'est pas nécessaire [qu'elles consistent en] un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais [elles] doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires » (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 60).

Studies confirm that patients with serious illnesses often experience significant anxiety and depression while on waiting lists. A 2001 study concluded that roughly 18 percent of the estimated

117 Des études confirment que les patients atteints d'une maladie grave qui sont inscrits sur une liste d'attente sont souvent très angoissés et déprimés. Une étude effectuée en 2001 conclut qu'environ

five million people who visited specialists for a new illness or condition reported that waiting for care adversely affected their lives. The majority suffered worry, anxiety or stress as a result. This adverse psychological impact can have a serious and profound effect on a person's psychological integrity, and is a violation of security of the person (*Access to Health Care Services in Canada, 2001*, at p. 20).

118 The jurisprudence of this Court holds that delays in obtaining medical treatment which affect patients physically and psychologically trigger the protection of s. 7 of the *Charter*. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Dickson C.J. concluded that the delay in obtaining therapeutic abortions, which increased the risk of complications and mortality due to mandatory procedures imposed by the state, was sufficient to trigger the physical aspect of the woman's right to security of the person: *Morgentaler*, at p. 59. He found that the psychological impact on women awaiting abortions constituted an infringement of security of the person. Beetz J. agreed with Dickson C.J. that "[t]he delays mean therefore that the state has intervened in such a manner as to create an additional risk to health, and consequently this intervention constitutes a violation of the woman's security of the person": see *Morgentaler*, at pp. 105-6.

119 In this appeal, delays in treatment giving rise to psychological and physical suffering engage the s. 7 protection of security of the person just as they did in *Morgentaler*. In *Morgentaler*, as in this case, the problem arises from a legislative scheme that offers health services. In *Morgentaler*, as in this case, the legislative scheme denies people the right to access alternative health care. (That the sanction in *Morgentaler* was criminal prosecution while the sanction here is administrative prohibition and penalties is irrelevant. The important point is that in both cases, care outside the legislatively provided system is effectively prohibited.) In *Morgentaler* the result of the monopolistic scheme was delay in

18 pour 100 des quelque cinq millions de personnes ayant consulté un spécialiste pour un diagnostic ou un nouveau problème de santé ont déclaré que l'attente pour l'obtention de soins avait eu des conséquences néfastes sur leur vie. L'attente a été source d'inquiétude, d'angoisse ou de stress dans la majorité des cas. Ces conséquences psychologiques néfastes peuvent avoir des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne, et constituent une atteinte à la sécurité de la personne (*Accès aux services de soins de santé au Canada, 2001*, p. 22).

Selon la jurisprudence de notre Cour, les délais d'attente pour un traitement médical qui ont une incidence physique et psychologique sur des patients déclenchent la protection de l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 59, le juge en chef Dickson a conclu que tout retard à obtenir un avortement thérapeutique, résultant de la procédure prescrite par l'État et contribuant à augmenter les risques de complications et de mortalité, suffisait pour mettre en cause l'aspect physique du droit de la femme à la sécurité de sa personne. Il a décidé que l'effet psychologique sur les femmes en attente d'un avortement constituait une atteinte à la sécurité de leur personne. Le juge Beetz a souscrit à l'opinion du juge en chef Dickson, selon laquelle « [c]es délais signifient donc que l'État est intervenu de manière à créer un risque additionnel pour la santé et, par conséquent, cette intervention constitue une violation de la sécurité de la personne de la femme » : voir l'arrêt *Morgentaler*, p. 105-106.

Dans le présent pourvoi, les délais d'attente pour un traitement — délais qui causaient des souffrances physiques et psychologiques — font intervenir la protection de la sécurité de la personne garantie par l'art. 7 tout comme les délais dans l'affaire *Morgentaler*. Dans cette affaire, tout comme en l'espèce, le problème émane d'un régime législatif qui offre des services de santé. Dans cette affaire, comme en l'espèce, le régime législatif interdit aux gens l'accès à des soins de santé parallèles. (Il n'importe pas que, dans l'affaire *Morgentaler*, la sanction ait consisté en des poursuites criminelles, alors qu'en l'espèce il est question d'interdiction administrative et de peines. L'important est que, dans les

treatment with attendant physical risk and psychological suffering. In *Morgentaler*, as here, people in urgent need of care face the same prospect: unless they fall within the wealthy few who can pay for private care, typically outside the country, they have no choice but to accept the delays imposed by the legislative scheme and the adverse physical and psychological consequences this entails. As in *Morgentaler*, the result is interference with security of the person under s. 7 of the *Charter*.

deux cas, l'accès à des soins en dehors du système établi par le législateur est effectivement interdit.) Dans l'affaire *Morgentaler*, le monopole entraînait des délais d'attente pour un traitement auxquels se greffaient des risques physiques et des souffrances psychologiques. Dans l'affaire *Morgentaler*, comme en l'espèce, les gens qui nécessitent des soins de façon pressante connaissent le même sort : à moins de faire partie des quelques rares privilégiés qui peuvent s'offrir des soins privés, généralement à l'extérieur du pays, ils n'ont d'autre choix que d'accepter les délais du système établi par le législateur ainsi que les conséquences physiques et psychologiques néfastes qui s'y rattachent. Comme dans l'affaire *Morgentaler*, il en résulte une atteinte à la sécurité de la personne garantie par l'art. 7 de la *Charte*.

In *Morgentaler*, Dickson C.J. and Wilson J. found a deprivation of security of the person because the legislative scheme resulted in the loss of control by a woman over the termination of her pregnancy: see *Morgentaler*, at pp. 56 and 173.

120 Dans l'arrêt *Morgentaler*, le juge en chef Dickson et la juge Wilson ont conclu qu'il y avait atteinte à la sécurité de la personne parce que le régime législatif dépouillait la femme de la capacité de décider elle-même de mettre fin à sa grossesse : voir l'arrêt *Morgentaler*, p. 56 et 173.

The issue in *Morgentaler* was whether a system for obtaining approval for abortions (as an exception to a prohibition) that in practice imposed significant delays in obtaining medical treatment unjustifiably violated s. 7 of the *Charter*. Parliament had established a mandatory system for obtaining medical care in the termination of pregnancy. The sanction by which the mandatory public system was maintained differed: criminal in *Morgentaler*, "administrative" in the case at bar. Yet the consequences for the individuals in both cases are serious. In *Morgentaler*, as here, the system left the individual facing a lack of critical care with no choice but to travel outside the country to obtain the required medical care at her own expense. It was this constraint on s. 7 security, taken from the perspective of the woman facing the health care system, and not the criminal sanction, that drove the majority analysis in *Morgentaler*. We therefore conclude that the decision provides guidance in the case at bar.

121 Dans l'affaire *Morgentaler*, la question était de savoir si un système d'approbation d'avortements (à titre d'exception à une interdiction), qui, en pratique, entraînait de longs délais d'attente pour un traitement médical, contrevenait de manière injustifiable à l'art. 7 de la *Charte*. Le législateur avait établi un système obligatoire d'obtention de soins médicaux destinés à mettre fin à une grossesse. La sanction qui permettait de préserver le système public obligatoire était différente : alors qu'elle était criminelle dans l'affaire *Morgentaler*, elle est de nature « administrative » en l'espèce. Pourtant, les conséquences pour les particuliers sont sérieuses dans les deux cas. Dans l'affaire *Morgentaler*, comme en l'espèce, le système ne laissait à la personne qui n'avait pas accès à des soins cruciaux d'autre choix que de se rendre à l'étranger pour obtenir, à ses propres frais, les soins médicaux requis. C'est cette atteinte à la sécurité garantie par l'art. 7, considérée du point de vue de la femme qui est aux prises avec le système de santé, et non la sanction criminelle, qui sous-tendait l'analyse des juges majoritaires dans l'arrêt *Morgentaler*. Nous concluons donc que cette décision peut nous guider en l'espèce.

122 In *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, Sopinka J., writing for the majority, held that security of the person encompasses "a notion of personal autonomy involving, at the very least, control over one's bodily integrity free from state interference and freedom from state-imposed psychological and emotional stress" (pp. 587-88). The prohibition against private insurance in this case results in psychological and emotional stress and a loss of control by an individual over her own health.

Dans l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, le juge Sopinka, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a décidé que la sécurité de la personne inclut « une notion d'autonomie personnelle qui comprend, au moins, la maîtrise de l'intégrité de sa personne sans aucune intervention de l'État et l'absence de toute tension psychologique et émotionnelle imposée par l'État » (p. 588). L'interdiction de souscrire une assurance privée en l'espèce engendre, chez les gens, une tension psychologique et émotionnelle ainsi qu'une perte de contrôle de leur propre santé.

123 Not every difficulty rises to the level of adverse impact on security of the person under s. 7. The impact, whether psychological or physical, must be serious. However, because patients may be denied timely health care for a condition that is clinically significant to their current and future health, s. 7 protection of security of the person is engaged. Access to a waiting list is not access to health care. As we noted above, there is unchallenged evidence that in some serious cases, patients die as a result of waiting lists for public health care. Where lack of timely health care can result in death, s. 7 protection of life itself is engaged. The evidence here demonstrates that the prohibition on health insurance results in physical and psychological suffering that meets this threshold requirement of seriousness.

Les difficultés n'ont pas toutes des conséquences néfastes sur la sécurité de la personne garantie par l'art. 7. Peu importe qu'elles soient psychologiques ou physiques, ces conséquences doivent être sérieuses. Toutefois, en raison de la possibilité que des patients n'aient pas accès en temps opportun à des soins de santé pour traiter un état cliniquement lourd de conséquences pour leur santé actuelle et future, la protection de la sécurité de la personne prévue à l'art. 7 intervient. L'accès à une liste d'attente n'est pas l'accès à des soins de santé. Comme nous l'avons déjà souligné, il existe, dans la présente affaire, une preuve incontestée que, dans des cas graves, des patients meurent en raison de listes d'attente pour la prestation de soins de santé publics. La protection de la vie elle-même prévue à l'art. 7 entre en jeu dans le cas où l'impossibilité d'avoir accès en temps opportun à des soins médicaux risque d'entraîner le décès d'une personne. En l'espèce, la preuve démontre que l'interdiction de souscrire une assurance maladie entraîne des souffrances physiques et psychologiques qui satisfont à ce critère de sériosité.

124 We conclude, based on the evidence, that prohibiting health insurance that would permit ordinary Canadians to access health care, in circumstances where the government is failing to deliver health care in a reasonable manner, thereby increasing the risk of complications and death, interferes with life and security of the person as protected by s. 7 of the *Charter*.

Compte tenu de la preuve, nous considérons que, dans le cas où l'omission du gouvernement d'assurer un accès raisonnable à des soins de santé entraîne un accroissement des risques de complications et de mortalité, l'interdiction de souscrire une assurance maladie qui permettrait aux Canadiens ordinaires d'obtenir des soins de santé porte atteinte à la vie et à la sécurité de la personne que protège l'art. 7 de la *Charte*.

The remaining question is whether this inference is in accordance with the principles of fundamental justice. "[I]f the state [interferes] with security of the person, the *Charter* requires such interference to conform with the principles of fundamental justice": *Morgentaler*, at p. 54, *per* Dickson C.J.

B. *Deprivation in Accordance with the Principles of Fundamental Justice*

Having concluded that the ban on private medical insurance constitutes a deprivation of life and security of the person, we now consider whether that deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. Our colleagues Binnie and LeBel JJ. argue that the record here provides no ground for finding that the deprivation violates the principles of fundamental justice. With respect, we cannot agree.

In *Rodriguez*, at pp. 590-91 and 607, Sopinka J. for a majority of this Court defined the principles of fundamental justice as legal principles that are capable of being identified with some precision and are fundamental in that they have general acceptance among reasonable people.

The principle of fundamental justice implicated in this case is that laws that affect the life, liberty or security of the person shall not be arbitrary. We are of the opinion that the evidence before the trial judge supports a finding that the impugned provisions are arbitrary and that the deprivation of life and security of the person that flows from them cannot therefore be said to accord with the principles of fundamental justice.

(1) Laws Shall Not Be Arbitrary: A Principle of Fundamental Justice

It is a well-recognized principle of fundamental justice that laws should not be arbitrary: see, e.g., *Malmo-Levine*, at para. 135; *Rodriguez*, at p. 594. The state is not entitled to arbitrarily limit its citizens' rights to life, liberty and security of the person.

Il reste à répondre à la question de savoir si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. « [S]i l'État touche [. . .] à la sécurité de la personne, la *Charte* impose que cette ingérence soit conforme aux principes de justice fondamentale » : *Morgentaler*, p. 54, le juge en chef Dickson. 125

B. *L'atteinte conforme aux principes de justice fondamentale*

Après avoir conclu que l'interdiction de souscrire une assurance médicale privée constitue une atteinte à la vie et à la sécurité de la personne, nous allons maintenant examiner si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. Selon nos collègues les juges Binnie et LeBel, le dossier en l'espèce ne permet pas de conclure que cette atteinte viole les principes de justice fondamentale. En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à cette opinion. 126

Dans l'arrêt *Rodriguez*, p. 590-591 et 607, le juge Sopinka, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a défini les principes de justice fondamentale comme étant des principes juridiques qui peuvent être identifiés avec une certaine précision et qui sont fondamentaux en ce sens qu'ils sont généralement acceptés parmi des personnes raisonnables. 127

Selon le principe de justice fondamentale en cause dans la présente affaire, les règles de droit qui touchent la vie, la liberté ou la sécurité de la personne ne doivent pas être arbitraires. Nous sommes d'avis que la preuve qui a été soumise à la juge de première instance étaye la conclusion que les dispositions contestées sont arbitraires et que l'atteinte à la vie et à la sécurité de la personne qui en résulte ne peut donc pas être qualifiée de conforme aux principes de justice fondamentale. 128

(1) Les règles de droit ne doivent pas être arbitraires : principe de justice fondamentale

Selon un principe de justice fondamentale bien établi, les règles de droit ne doivent pas être arbitraires : voir, p. ex., les arrêts *Malmo-Levine*, par. 135, et *Rodriguez*, p. 594. L'État ne peut pas restreindre arbitrairement le droit de ses citoyens à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne. 129

130 A law is arbitrary where "it bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind [it]". To determine whether this is the case, it is necessary to consider the state interest and societal concerns that the provision is meant to reflect: *Rodriguez*, at pp. 594-95.

131 In order not to be arbitrary, the limit on life, liberty and security requires not only a theoretical connection between the limit and the legislative goal, but a real connection on the facts. The onus of showing lack of connection in this sense rests with the claimant. The question in every case is whether the measure is arbitrary in the sense of bearing no real relation to the goal and hence being manifestly unfair. The more serious the impingement on the person's liberty and security, the more clear must be the connection. Where the individual's very life may be at stake, the reasonable person would expect a clear connection, in theory and in fact, between the measure that puts life at risk and the legislative goals.

132 In *Morgentaler*, Beetz J., Estey J. concurring, found that the limits on security of the person caused by rules that endangered health were "manifestly unfair" and did not conform to the principles of fundamental justice, in reasons that invoke arbitrariness. Some of the limitations bore no connection to Parliament's objectives, in his view, while others were unnecessary to assure that those objectives were met (p. 110).

133 While cloaked in the language of manifest unfairness, this reasoning evokes the principle of fundamental justice that laws must not be arbitrary, and was so read in *Rodriguez*, at p. 594. Beetz J.'s concurring reasons in *Morgentaler* thus serve as an example of how the rule against arbitrariness may be implicated in the particular context of access to health care. The fact that Dickson C.J., Lamer J. concurring, found that the scheme offended a different principle of fundamental justice, namely that defences to criminal charges must not be illusory, does not detract from the proposition adopted by

Une règle de droit est arbitraire si elle « n'a aucun lien ou est incompatible avec l'objectif » qu'elle vise. Pour se prononcer à ce sujet, il faut considérer l'intérêt de l'État et les préoccupations de la société auxquelles la disposition en cause est censée répondre : *Rodriguez*, p. 594-595.

Pour ne pas être arbitraire, la restriction apportée à la vie, à la liberté et à la sécurité requiert l'existence non seulement d'un lien théorique entre elle et l'objectif du législateur, mais encore d'un lien véritable d'après les faits. Il appartient au demandeur de démontrer l'absence de lien dans ce sens. Dans chaque cas, il faut se demander si la mesure est arbitraire au sens de n'avoir aucun lien véritable avec l'objectif visé et d'être, de ce fait, manifestement injuste. Plus l'atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne est grave, plus le lien doit être clair. Lorsque c'est la vie même de quelqu'un qui est compromise, la personne raisonnable s'attendrait à ce qu'il existe, en théorie et en fait, un lien clair entre la mesure qui met la vie en danger et les objectifs du législateur.

Dans les motifs évoquant le caractère arbitraire qu'il a rédigés dans l'affaire *Morgentaler*, le juge Beetz, avec l'appui du juge Estey, a conclu que les restrictions apportées à la sécurité de la personne par des règles qui mettaient en danger la santé étaient « nettement injustes » et non conformes aux principes de justice fondamentale. Parmi ces restrictions, certaines n'avaient aucun rapport avec les objectifs poursuivis par le législateur, alors que d'autres n'étaient pas nécessaires pour assurer la réalisation de ces objectifs (p. 110).

Bien qu'il soit enveloppé dans la rhétorique de l'injustice manifeste, ce raisonnement évoque le principe de justice fondamentale selon lequel les règles de droit ne doivent pas être arbitraires, et c'est la façon dont il a été interprété dans l'arrêt *Rodriguez*, p. 594. Les motifs concordants du juge Beetz, dans l'affaire *Morgentaler*, illustrent donc comment la règle interdisant le caractère arbitraire peut être en cause dans le contexte particulier de l'accès aux soins de santé. Le fait que le juge en chef Dickson, avec l'appui du juge Lamer, a conclu que le régime contrevenait à un principe de justice

Beetz J. that rules that endanger health arbitrarily do not comply with the principles of fundamental justice.

(2) Whether the Prohibition on Private Medical Insurance is Arbitrary

As discussed above, interference with life, liberty and security of the person is impermissibly arbitrary if the interference lacks a real connection on the facts to the purpose the interference is said to serve.

The government argues that the interference with security of the person caused by denying people the right to purchase private health insurance is necessary to providing effective health care under the public health system. It argues that if people can purchase private health insurance, they will seek treatment from private doctors and hospitals, which are not banned under the Act. According to the government's argument, this will divert resources from the public health system into private health facilities, ultimately reducing the quality of public care.

In support of this contention, the government called experts in health administration and policy. Their conclusions were based on the "common sense" proposition that the improvement of health services depends on exclusivity (R.R., at p. 591). They did not profess expertise in waiting times for treatment. Nor did they present economic studies or rely on the experience of other countries. They simply assumed, as a matter of apparent logic, that insurance would make private health services more accessible and that this in turn would undermine the quality of services provided by the public health care system.

The appellants, relying on other health experts, disagreed and offered their own conflicting

fondamental différent — à savoir que les moyens de défense opposés à des accusations criminelles ne doivent pas être illusoires — ne déroge aucunement à la proposition, adoptée par le juge Beetz, voulant que les règles qui mettent en danger la santé arbitrairement ne soient pas conformes aux principes de justice fondamentale.

(2) L'interdiction de souscrire une assurance médicale privée est-elle arbitraire?

134 Comme nous l'avons vu plus haut, l'atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne revêt un caractère arbitraire inacceptable si, d'après les faits, elle n'a aucun lien véritable avec l'objectif qu'elle est censée viser.

135 Le gouvernement prétend que l'atteinte à la sécurité de la personne qui résulte de la négation du droit de souscrire une assurance maladie privée est nécessaire pour que le système de santé public puisse offrir des soins de santé efficaces. Il ajoute que, s'ils peuvent souscrire une assurance maladie privée, les gens iront se faire traiter par des médecins et dans des hôpitaux du secteur privé, qui ne sont pas interdits par la Loi. Selon l'argument du gouvernement, il en résultera un détournement des ressources du système de santé public vers les établissements de santé privés, et, en fin de compte, une détérioration de la qualité des soins publics.

136 Pour étayer cet argument, le gouvernement a fait témoigner des experts en administration et politiques de la santé. Leurs conclusions reposaient sur la proposition « sensée » voulant que l'amélioration des services de santé passe par l'exclusivité (d.i., p. 591). Ils ne prétendaient pas être des experts en matière de délais d'attente pour un traitement. De plus, ils n'ont pas soumis d'études économiques ni invoqué la situation dans d'autres pays. Ils ont simplement présumé, apparemment en toute logique, que l'assurance accroîtrait l'accessibilité aux services de santé privés et que cela contribuerait à détériorer la qualité des services offerts par le système de santé public.

137 Se fondant sur l'avis d'autres experts du domaine de la santé, les appelants ont exprimé leur désaccord

"common sense" argument for the proposition that prohibiting private health insurance is neither necessary nor related to maintaining high quality in the public health care system. Quality public care, they argue, depends not on a monopoly, but on money and management. They testified that permitting people to buy private insurance would make alternative medical care more accessible and reduce the burden on the public system. The result, they assert, would be better care for all. The appellants reinforce this argument by pointing out that disallowing private insurance precludes the vast majority of Canadians (middle-income and low-income earners) from accessing additional care, while permitting it for the wealthy who can afford to travel abroad or pay for private care in Canada.

et ont avancé leur propre argument contraire, fondé sur le « bon sens », pour étayer la proposition voulant que l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée n'ait rien à voir avec le maintien d'un système de santé public de grande qualité, et ne soit pas nécessaire à cet égard. Selon eux, les soins publics de qualité ne sont pas subordonnés à l'existence d'un monopole, mais sont plutôt une question d'argent et de gestion. Ils ont témoigné qu'autoriser les gens à souscrire une assurance privée accroîtrait l'accessibilité aux soins médicaux parallèles et allégerait le fardeau du système public. Il en résulterait, d'après eux, une amélioration des soins offerts à l'ensemble de la population. Les appelants renforcent cet argument en soulignant qu'interdire l'assurance privée empêche la vaste majorité des Canadiens (à revenu moyen ou faible) d'avoir accès à des soins supplémentaires, tout en accordant cet accès aux gens riches qui ont les moyens d'aller à l'étranger ou de s'offrir des soins privés au Canada.

138 To this point, we are confronted with competing but unproven "common sense" arguments, amounting to little more than assertions of belief. We are in the realm of theory. But as discussed above, a theoretically defensible limitation may be arbitrary if in fact the limit lacks a connection to the goal.

À ce stade, nous sommes aux prises avec des arguments opposés, mais non prouvés, qui sont fondés sur le « bon sens » et qui ne représentent rien de plus que des opinions. Nous nageons ici dans la théorie. Cependant, comme nous l'avons vu, une restriction théoriquement justifiable peut être arbitraire si, en fait, elle n'a aucun lien avec l'objectif visé.

139 This brings us to the evidence called by the appellants at trial on the experience of other developed countries with public health care systems which permit access to private health care. The experience of these countries suggests that there is no real connection in fact between prohibition of health insurance and the goal of a quality public health system.

Cela nous amène à la preuve que les appelants ont présentée au procès au sujet de la situation qui existe dans d'autres pays développés où le système de santé public permet l'accès aux soins privés. La situation dans ces pays indique qu'en fait il n'existe aucun lien véritable entre l'interdiction de souscrire une assurance maladie et l'objectif de maintien d'un système de santé public de qualité.

140 The evidence adduced at trial establishes that many western democracies that do not impose a monopoly on the delivery of health care have successfully delivered to their citizens medical services that are superior to and more affordable than the services that are presently available in Canada. This demonstrates that a monopoly is not necessary or even related to the provision of quality public health care.

La preuve présentée au procès établit que maintes démocraties occidentales qui n'imposent pas un monopole en matière de prestation de soins de santé réussissent à fournir à leurs citoyens des services médicaux meilleurs et à prix plus abordable que ceux actuellement offerts au Canada. Cela démontre qu'un monopole n'est pas nécessaire ni même lié à la prestation de soins de santé publics de qualité.

In its report *The Health of Canadians — The Federal Role*, the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology discussed in detail the situations in several countries, including Sweden, Germany and the United Kingdom. The following discussion of the health care systems in these three countries is drawn directly from the findings in volume 3 of that report (*The Health of Canadians — The Federal Role*, vol. 3, *Health Care Systems in Other Countries*, Interim Report (2002) ("Kirby Report")).

In Sweden, as in Canada, access to public health care is universal. The public health care system is financed predominantly by the public sector through a combination of general taxation and social insurance (i.e., employer/employee contributions) and employs a user fee mechanism. Unlike in Canada, private health care insurance that covers the same benefits as public insurance is "legal" in Sweden. However, only a small minority of the population purchase private insurance. The result is a system of public health care coverage that provides quality care on a broader basis than in Canada and encompasses physicians, hospital services, drugs and dental care: Kirby Report, vol. 3, at pp. 29-36. In Sweden, the availability of private health care insurance appears not to have harmed the public health care system.

In Germany, public health care insurance is administered by 453 Sickness Funds — private non-profit organizations structured on a regional task or occupational basis. Sickness Fund membership is compulsory for employees with gross incomes lower than approximately $63,000 Canadian, and voluntary for those with gross incomes above that level. Although all Sickness Funds are regulated at the federal level through what is known as the "Social Code Book", they are essentially run by representatives of employees and employers. As in Sweden, public health care coverage is broader in Germany than in Canada, including physician services, hospitals, prescription drugs, diagnostic services, dental care, rehabilitative care, medical devices,

141 Dans son rapport intitulé *La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, le Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie a procédé à une analyse détaillée de la situation de plusieurs pays dont la Suède, l'Allemagne et le Royaume-Uni. L'analyse suivante du système de santé de ces trois pays est tirée directement des conclusions du troisième volume de ce rapport (*La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, vol. 3, *Les systèmes de soins de santé dans d'autres pays*, Rapport intérimaire (2002) (« rapport Kirby »)).

142 En Suède, comme au Canada, l'universalité des soins de santé publics est garantie. Le financement du système de santé public est, en majeure partie, assuré par le secteur public grâce à un mélange de taxation générale et d'assurance sociale (c'est-à-dire les cotisations de l'employeur et de l'employé) et comporte un mécanisme de perception de frais modérateurs. Contrairement à ce qui se passe au Canada, toute assurance maladie privée qui offre les mêmes avantages que l'assurance publique est « légale » en Suède. Cependant, seule une infime partie de la population souscrit une assurance privée. Il s'ensuit que le système de santé public offre une gamme de soins de qualité plus étendue qu'au Canada et s'applique aux médecins, aux services hospitaliers, aux médicaments et aux soins dentaires : rapport Kirby, vol. 3, p. 27-34. En Suède, la possibilité de souscrire une assurance maladie privée ne paraît pas avoir nui au système de santé public.

143 En Allemagne, le régime public d'assurance maladie est administré par 453 caisses-maladie, qui sont des organismes privés sans but lucratif à clientèle régionale ou professionnelle. L'affiliation à une caisse est obligatoire pour les salariés qui touchent un revenu brut inférieur à environ 63 000 $CAN, et facultative pour ceux qui touchent davantage. Bien qu'elles soient toutes régies par un « code social » au niveau fédéral, les caisses-maladie sont essentiellement dirigées par des représentants syndicaux et patronaux. Comme en Suède, la protection offerte par le système de santé public est plus étendue en Allemagne qu'au Canada et vise notamment les services médicaux, les services hospitaliers, les médicaments d'ordonnance, les services de diagnostic,

psychotherapists, nursing care at home, medical services by non-physicians (physiotherapists, speech therapists, occupational therapists, etc.) and income support during sick leave: Kirby Report, vol. 3, at p. 14.

144 In Germany, as in Sweden, private health insurance is available to individuals at a certain income level who may voluntarily opt out of the Sickness Funds. Private coverage is currently offered by 52 private insurance companies that are obliged to offer an insurance policy with the same benefits as the Sickness Funds at a premium that is no higher than the average maximum contribution to the Sickness Funds. Private health care coverage is also available to self-employed people who are excluded from the Sickness Funds and public servants who are *de facto* excluded from participating in Sickness Funds as their health care bills are reimbursed at the rate of 50 percent by the federal government. Private insurance covers the remainder: Kirby Report, vol. 3, at p. 15.

145 Despite the availability of alternatives, 88 percent of the German population are covered by the public Sickness Funds: this includes 14 percent to whom private insurance is available. Of the remaining 12 percent, only 9 percent are covered by private insurance and less than 1 percent have no health insurance at all. The remaining 2 percent are covered by government insurance for military and other personnel: Kirby Report, vol. 3, at p. 15.

146 The United Kingdom offers a comprehensive public health care system — the National Health Service (NHS) — while also allowing for private insurance. Unlike Canada, the United Kingdom allows people to purchase private health care insurance that covers the same benefits as the NHS if these services are supplied by providers working outside of the NHS. Despite the existence of private insurance, only 11.5 percent of the population have purchased it: Kirby Report, vol. 3, at pp. 37-44. Again, it appears that the public system has not

les soins dentaires, les soins de réadaptation, les appareils médicaux, la psychothérapie, les soins infirmiers à domicile, les soins médicaux offerts par des non-médecins (physiothérapie, orthophonie, ergothérapie, etc.) et le soutien au revenu durant les congés de maladie : rapport Kirby, vol. 3, p. 14.

En Allemagne, comme en Suède, l'assurance maladie privée peut être souscrite par les personnes qui touchent un certain revenu et qui peuvent se retirer volontairement de la caisse-maladie. À l'heure actuelle, l'assurance maladie privée peut être souscrite auprès de 52 compagnies privées — tenues d'offrir les mêmes avantages que la caisse-maladie — pour une prime qui n'est pas supérieure à la contribution maximale moyenne à la caisse. L'assurance maladie privée peut également être souscrite par les travailleurs autonomes exclus des caisses-maladie et par les fonctionnaires exclus *de facto* de la participation aux caisses-maladie étant donné que la moitié de leurs frais de soins de santé est remboursée par l'État fédéral. L'assurance privée couvre le solde : rapport Kirby, vol. 3, p. 15.

Malgré l'existence d'autres possibilités, 88 pour 100 de la population allemande est protégée par les caisses-maladie publiques, ce qui inclut le 14 pour 100 qui peut souscrire une assurance privée. Du 12 pour 100 restant, seulement 9 pour 100 de la population est protégée par une assurance privée et moins de 1 pour 100 ne bénéficie d'aucune assurance maladie. L'autre 2 pour 100 de la population est assurée par l'État grâce à une assurance destinée aux militaires et autres employés : rapport Kirby, vol. 3, p. 15.

Le Royaume-Uni offre un système de santé public complet — le National Health Service (NHS) — tout en autorisant l'assurance privée. Contrairement au Canada, le Royaume-Uni permet aux gens de souscrire une assurance maladie privée qui offre les mêmes avantages que le NHS, si ces services sont offerts par des fournisseurs non affiliés au NHS. Malgré l'existence de l'assurance privée, seulement 11,5 pour 100 de la population a souscrit ce type d'assurance : rapport Kirby, vol. 3, p. 35-42. Là encore, la possibilité de

suffered as a result of the existence of private alternatives.

After reviewing a number of public health care systems, the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology concluded in the Kirby Report that far from undermining public health care, private contributions and insurance improve the breadth and quality of health care for all citizens, and it ultimately concluded, at p. 66:

> The evidence suggests that a contribution of direct payments by patients, allowing private insurance to cover some services, even in publicly funded hospitals, and an expanded role for the private sector in the delivery of health services are the factors which have enabled countries to achieve broader coverage of health services for all their citizens. Some countries like Australia and Singapore openly encourage private sector participation as a means to ensure affordable and sustainable health services.

Nor does it appear that private participation leads to the eventual demise of public health care. It is compelling to note that not one of the countries referred to relies exclusively on either private insurance or the public system to provide health care coverage to its citizens. Even in the United States, where the private sector is a dominant participant in the field of health care insurance, public funding accounts for 45 percent of total health care spending: Kirby Report, vol. 3, at p. 66.

In summary, the evidence on the experience of other western democracies refutes the government's theoretical contention that a prohibition on private insurance is linked to maintaining quality public health care.

Binnie and LeBel JJ. suggest that the experience of other countries is of little assistance. With respect, we cannot agree. This evidence was properly placed before the trial judge and, unless discredited, stands as the best guide with respect to the question of whether a ban on private insurance is necessary

souscrire une assurance privée ne paraît pas avoir nui au système public.

147 Après avoir examiné un certain nombre de systèmes de santé publics, le Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie a conclu, dans le rapport Kirby, que, loin d'entraîner une détérioration des soins de santé publics, l'apport financier et l'assurance privés contribuent à élargir l'éventail des soins de santé dispensés à l'ensemble de la population, ainsi qu'à améliorer la qualité de ces soins. Le comité finit par conclure ceci (p. 64) :

> D'après nos observations, ce sont l'apport financier direct des malades, le fait que les assureurs privés soient autorisés à couvrir certains services, même dans les hôpitaux publics, et la participation du secteur privé à la prestation des services qui permettent à certains pays d'offrir à l'ensemble de leur population une gamme élargie de services de santé assurés. À cet égard, l'Australie et Singapour encouragent ouvertement le secteur privé à participer au régime dans le but avoué de préserver le caractère abordable des services médicaux et d'en assurer la pérennité.

148 La participation du secteur privé ne paraît pas non plus entraîner, en fin de compte, la disparition des soins de santé publics. Il faut souligner qu'aucun pays mentionné ne s'en remet exclusivement soit à l'assurance privée soit au système public pour assurer la couverture des soins de santé de ses citoyens. Même aux États-Unis, où le secteur privé joue un rôle de premier plan dans le domaine de l'assurance maladie, l'État assume 45 pour 100 des dépenses totales de soins de santé : rapport Kirby, vol. 3, p. 64.

149 En résumé, la preuve concernant la situation dans d'autres démocraties occidentales réfute la théorie du gouvernement voulant que l'interdiction de souscrire une assurance privée soit liée au maintien de soins de santé publics de qualité.

150 Les juges Binnie et LeBel laissent entendre que la situation dans d'autres pays n'est pas d'un grand secours. En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord. Cette preuve a été soumise à bon droit à la juge de première instance et, à moins d'être discréditée, c'est elle qui nous éclaire le mieux pour

and relevant to the goal of providing quality public health care. The task of the courts, on s. 7 issues as on others, is to evaluate the issue in the light, not just of common sense or theory, but of the evidence. This is supported by our jurisprudence, according to which the experience of other western democracies may be relevant in assessing alleged arbitrariness. In *Rodriguez*, the majority of this Court relied on evidence from other western democracies, concluding that the fact that assisted suicide was heavily regulated in other countries suggested that Canada's prohibition was not arbitrary: pp. 601-5.

151 Binnie and LeBel JJ. also suggest that the government's continued commitment to a monopoly on the provision of health insurance cannot be arbitrary because it is rooted in reliance on "a series of authoritative reports [that analysed] health care in this country and in other countries" (para. 258); they are referring here to the reports of Commissioner Romanow (*Building on Values: The Future of Health Care in Canada: Final Report* (2002)), and Senator Kirby. We observe in passing that the import of these reports, which differ in many of their conclusions, is a matter of some debate, as attested by our earlier reference to the Kirby Report. But the conclusions of other bodies on other material cannot be determinative of this litigation. They cannot relieve the courts of their obligation to review government action for consistency with the *Charter* on the evidence before them.

152 When we look to the evidence rather than to assumptions, the connection between prohibiting private insurance and maintaining quality public health care vanishes. The evidence before us establishes that where the public system fails to deliver adequate care, the denial of private insurance subjects people to long waiting lists and negatively affects their health and security of the person. The government contends that this is necessary in order

trancher la question de savoir si l'interdiction de souscrire une assurance privée est liée et nécessaire à la réalisation de l'objectif d'accès à des soins de santé publics de qualité. Pour trancher les questions relatives à l'art. 7, les tribunaux doivent, comme pour toute autre question, procéder à une évaluation fondée sur la preuve et non seulement sur le bon sens ou des théories. Cela est étayé par notre jurisprudence, selon laquelle la situation dans d'autres démocraties occidentales peut être utile pour apprécier une allégation de caractère arbitraire. Dans l'arrêt *Rodriguez*, les juges majoritaires de notre Cour se sont fondés sur la preuve émanant d'autres démocraties occidentales pour conclure que la réglementation très stricte de l'aide au suicide dans d'autres pays indiquait que l'interdiction canadienne n'était pas arbitraire : p. 601-605.

Les juges Binnie et LeBel laissent également entendre que l'engagement soutenu du gouvernement à maintenir un monopole en matière d'assurance maladie ne saurait être arbitraire parce qu'il s'appuie sur « une série de rapports fiables sur l'état du système de santé du Canada et d'autres pays » (par. 258); on renvoie ici aux rapports du commissaire Romanow (*Guidé par nos valeurs : L'avenir des soins de santé au Canada : Rapport final* (2002)) et du sénateur Kirby. Nous remarquons, en passant, que la portée de ces rapports, dont maintes conclusions divergent, suscite une certaine controverse, comme en témoigne notre mention antérieure du rapport Kirby. Cependant, les conclusions d'autres organismes portant sur d'autres sujets ne sauraient être déterminantes en l'espèce. Elles ne peuvent pas dégager les tribunaux de leur obligation de déterminer si une mesure gouvernementale respecte la *Charte* selon la preuve qui leur a été soumise.

Lorsque nous examinons la preuve plutôt que des suppositions, le lien entre l'interdiction de souscrire une assurance privée et le maintien de soins de santé publics de qualité disparaît. La preuve qui nous a été soumise établit que, dans le cas où le système public ne donne pas accès à des soins satisfaisants, l'interdiction de souscrire une assurance privée expose les gens à de longues listes d'attente et compromet leur santé et la sécurité de leur personne. Le

to preserve the public health system. The evidence, however, belies that contention.

We conclude that on the evidence adduced in this case, the appellants have established that in the face of delays in treatment that cause psychological and physical suffering, the prohibition on private insurance jeopardizes the right to life, liberty and security of the person of Canadians in an arbitrary manner, and is therefore not in accordance with the principles of fundamental justice.

II. Section 1 of the *Charter*

Having concluded that the prohibition on private health insurance constitutes a breach of s. 7, we must now consider whether that breach can be justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society. The evidence called in this case falls short of demonstrating such justification.

The government undeniably has an interest in protecting the public health regime. However, given the absence of evidence that the prohibition on the purchase and sale of private health insurance protects the health care system, the rational connection between the prohibition and the objective is not made out. Indeed, we question whether an arbitrary provision, which by reason of its arbitrariness cannot further its stated objective, will ever meet the rational connection test under *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

In addition, the resulting denial of access to timely and effective medical care to those who need it is not proportionate to the beneficial effects of the prohibition on private insurance to the health system as a whole. On the evidence here and for the reasons discussed above, the prohibition goes further than necessary to protect the public system: it is not minimally impairing.

gouvernement soutient que cela est nécessaire pour préserver le système de santé public. Toutefois, la preuve réfute cet argument.

153 Nous concluons que, d'après la preuve soumise en l'espèce, les appelants ont établi que, en raison des délais d'attente pour un traitement qui causent des souffrances physiques et psychologiques, l'interdiction de souscrire une assurance privée compromet arbitrairement le droit des Canadiens à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne et n'est donc pas conforme aux principes de justice fondamentale.

II. L'article premier de la *Charte*

154 Après avoir conclu que l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée contrevient à l'art. 7, il reste à examiner si, au regard de l'article premier de la *Charte*, cette contravention est une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. La preuve soumise en l'espèce ne démontre pas cette justification.

155 Il est indéniable que le gouvernement a intérêt à protéger le régime de santé public. Toutefois, en l'absence de preuve que l'interdiction de souscrire ou de vendre une assurance maladie privée protège le système de santé, le lien rationnel entre l'interdiction et l'objectif visé n'est pas établi. En fait, nous nous demandons si une disposition arbitraire qui, en raison de son caractère arbitraire, ne peut pas réaliser son objectif déclaré pourra jamais satisfaire au critère du lien rationnel établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

156 En outre, l'impossibilité, qui s'ensuit pour les gens qui en ont besoin, d'avoir accès en temps opportun à des soins médicaux efficaces n'est pas proportionnelle aux effets bénéfiques que l'interdiction de souscrire une assurance privée a sur l'ensemble du système de santé. Compte tenu de la preuve soumise en l'espèce et pour les raisons analysées précédemment, l'interdiction va au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger le système public : elle ne constitue pas une atteinte minimale.

157 Finally, the benefits of the prohibition do not outweigh the deleterious effects. Prohibiting citizens from obtaining private health care insurance may, as discussed, leave people no choice but to accept excessive delays in the public health system. The physical and psychological suffering and risk of death that may result outweigh whatever benefit (and none has been demonstrated to us here) there may be to the system as a whole.

158 In sum, the prohibition on obtaining private health insurance, while it might be constitutional in circumstances where health care services are reasonable as to both quality and timeliness, is not constitutional where the public system fails to deliver reasonable services. Life, liberty and security of the person must prevail. To paraphrase Dickson C.J. in *Morgentaler*, at p. 73, if the government chooses to act, it must do so properly.

159 We agree with Deschamps J.'s conclusion that the prohibition against contracting for private health insurance violates s. 1 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* and is not justifiable under s. 9.1. We also conclude that this prohibition violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be saved under s. 1.

160 We would allow the appeal, with costs to the appellants throughout.

The reasons of Binnie, LeBel and Fish JJ. were delivered by

BINNIE AND LEBEL JJ. (dissenting) —

I. Introduction

161 The question in this appeal is whether the province of Quebec not only has the constitutional authority to establish a comprehensive single-tier health plan, but to discourage a second (private) tier

Enfin, les avantages de l'interdiction ne l'emportent pas sur ses effets préjudiciables. Interdire l'assurance maladie privée à la population risque, comme nous l'avons vu, de ne laisser aux gens d'autre choix que d'accepter les délais excessifs du système de santé public. Les souffrances physiques et psychologiques et le risque de mortalité qui peuvent s'ensuivre l'emportent sur tout avantage (dont l'existence ne nous a pas été démontrée en l'espèce) susceptible de résulter pour l'ensemble du système.

Somme toute, bien qu'elle puisse être constitutionnelle dans des circonstances où les services de santé sont raisonnables tant sur le plan de la qualité que sur celui de l'accès en temps opportun, l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée ne l'est pas lorsque le système public n'offre pas des services raisonnables. La vie, la liberté et la sécurité de la personne doivent primer. Pour paraphraser le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler*, p. 73, si le gouvernement choisit d'agir, il doit le faire de façon appropriée.

Nous souscrivons à la conclusion de la juge Deschamps selon laquelle l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée contrevient à l'art. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et n'est pas justifiable au regard de l'art. 9.1. Nous concluons également que cette interdiction contrevient à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne peut être sauvegardée en application de l'article premier.

Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur des appelants devant toutes les cours.

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel et Fish rendus par

LES JUGES BINNIE ET LEBEL (dissidents) —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, notre Cour doit décider si la Constitution habilite la province de Québec non seulement à établir un régime de santé complet unique, mais également à empêcher la création d'un

health sector by prohibiting the purchase and sale of private health insurance. The appellants argue that timely access to needed medical service is not being provided in the publicly funded system and that the province cannot therefore deny to those Quebeckers (who can qualify) the right to purchase private insurance to pay for medical services whenever and wherever such services can be obtained for a fee, i.e., in the private sector. This issue has been the subject of protracted debate across Canada through several provincial and federal elections. We are unable to agree with our four colleagues who would allow the appeal that such a debate can or should be resolved as a matter of law by judges. We find that, on the legal issues raised, the appeal should be dismissed.

secteur de la santé parallèle (privé) en interdisant la souscription et la vente d'assurance maladie privée. Les appelants prétendent que le système public ne donne pas accès en temps opportun aux services médicaux requis par la population. À leur avis, la province ne peut pas alors refuser aux Québécois (admissibles) le droit de souscrire des assurances privées. Celles-ci leur permettraient, en effet, d'obtenir de cette façon des services médicaux dans tous les cas et là où ces services sont offerts à titre onéreux, c'est-à-dire dans le secteur privé. Cette question a longuement été débattue partout au Canada durant plusieurs campagnes électorales fédérales et provinciales. Contrairement à nos quatre collègues qui sont d'avis d'accueillir le pourvoi, nous sommes incapables d'admettre qu'un tel débat soit tranché par la voie judiciaire, comme s'il s'agissait d'un simple problème de droit. Nous estimons que, compte tenu de la nature des questions de droit en jeu, le pourvoi devrait être rejeté.

Our colleagues the Chief Justice and Major J. state at para. 105:

> By imposing exclusivity and then failing to provide public health care of a reasonable standard within a reasonable time, the government creates circumstances that trigger the application of s. 7 of the [*Canadian*] *Charter*. [Emphasis added.]

162 Nos collègues la Juge en chef et le juge Major affirment, au par. 105 :

> En imposant l'exclusivité et en ne donnant pas ensuite accès dans un délai raisonnable à des soins de santé publics de qualité raisonnable, le gouvernement crée une situation qui entraîne l'application de l'art. 7 de la *Charte* [*canadienne*]. [Nous soulignons.]

The Court recently held in *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657, 2004 SCC 78, that the government was not required to fund the treatment of autistic children. It did not on that occasion address in constitutional terms the scope and nature of "reasonable" health services. Courts will now have to make that determination. What, then, are constitutionally required "reasonable health services"? What is treatment "within a reasonable time"? What are the benchmarks? How short a waiting list is short enough? How many MRIs does the Constitution require? The majority does not tell us. The majority lays down no manageable constitutional standard. The public cannot know, nor can judges or governments know, how much health care is "reasonable" enough to satisfy s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*") and s. 1 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*,

163 Dans l'arrêt *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657, 2004 CSC 78, notre Cour statuait récemment que l'État n'était pas tenu de financer le traitement des enfants autistes. À cette occasion, elle n'a pas examiné, du point de vue constitutionnel, la nature et l'étendue des services de santé « raisonnables ». Les tribunaux devront maintenant se prononcer sur ces problèmes. En quoi consistent alors les « services de santé raisonnables » exigés par la Constitution? Qu'entend-on par traitement « dans un délai raisonnable »? Quels critères s'appliquent? À quel point une liste d'attente devient-elle suffisamment courte? Combien d'IRM la Constitution prescrit-elle? Les juges majoritaires ne nous en disent rien. Ils n'établissent aucune norme constitutionnelle fonctionnelle. Les juges ou les gouvernements ne sont pas plus en mesure que la population de déterminer quel niveau de soins de santé sera

R.S.Q. c. C-12 ("*Quebec Charter*"). It is to be hoped that we will know it when we see it.

164 The policy of the *Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6, and its provincial counterparts is to provide health care based on need rather than on wealth or status. The evidence certainly established that the public health care system put in place to implement this policy has serious and persistent problems. This does not mean that the courts are well placed to perform the required surgery. The resolution of such a complex fact-laden policy debate does not fit easily within the institutional competence or procedures of courts of law. The courts can use s. 7 of the *Canadian Charter* to pre-empt the ongoing public debate only if the current health plan violates an established "principle of fundamental justice". Our colleagues McLachlin C.J. and Major J. argue that Quebec's enforcement of a single-tier health plan meets this legal test because it is "arbitrary". In our view, with respect, the prohibition against private health insurance is a rational consequence of Quebec's commitment to the goals and objectives of the *Canada Health Act*.

165 Our colleague Deschamps J. states at para. 4:

> In essence, the question is whether Quebeckers who are prepared to spend money to get access to health care that is, in practice, not accessible in the public sector because of waiting lists may be validly prevented from doing so by the state. [Emphasis added.]

This is so, but of course it must be recognized that the liberty and security of Quebeckers who do not have the money to afford private health insurance, who cannot qualify for it, or who are not employed by establishments that provide it, are not

jugé assez « raisonnable » pour respecter l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* ») et l'art. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* »). Il ne nous reste plus qu'à espérer l'apprendre lorsque la situation se présentera.

La *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6, et les lois provinciales équivalentes reposent sur une politique d'accès aux soins de santé fondée sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social. Certes, la preuve démontre que le système de santé public établi pour mettre en œuvre cette politique connaît des difficultés graves et persistantes. Cela ne signifie pas pour autant que les tribunaux sont bien placés pour remédier à la situation. La résolution d'un débat d'orientation aussi factuel et complexe ne s'enferme pas aisément dans le cadre que définissent la compétence et les procédures institutionnelles des cours de justice. Les tribunaux ne peuvent recourir à l'art. 7 de la *Charte canadienne*, pour court-circuiter les débats publics sur la question, que si le régime de santé actuel viole un « principe de justice fondamentale » reconnu. Nos collègues la juge en chef McLachlin et le juge Major estiment que la mise en œuvre, par le Québec, d'un régime de santé unique satisfait à ce critère juridique, en raison de son « caractère arbitraire ». En toute déférence, nous estimons que l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée est une conséquence logique de l'engagement du Québec à réaliser les objectifs de la *Loi canadienne sur la santé*.

Notre collègue la juge Deschamps affirme, au par. 4 :

> Exprimée succinctement, la question est de savoir si les Québécois qui sont prêts à débourser pour avoir accès à des soins de santé qui sont, en pratique, inaccessibles dans le réseau public en raison des listes d'attente peuvent validement être empêchés de le faire par l'État. [Nous soulignons.]

Cela est vrai, mais il est évident qu'il faut reconnaître que l'absence d'un « niveau supérieur » de soins de santé ne compromet pas la liberté et la sécurité de la personne des Québécois qui n'ont pas les moyens de souscrire une assurance maladie privée ou qui

put at risk by the absence of "upper tier" health care. It is Quebeckers who have the money to afford private medical insurance and can qualify for it who will be the beneficiaries of the appellants' constitutional challenge.

The Quebec government views the prohibition against private insurance as essential to preventing the current single-tier health system from disintegrating into a *de facto* two-tier system. The trial judge found, and the evidence demonstrated, that there is good reason for this fear. The trial judge concluded that a private health sector fuelled by private insurance would frustrate achievement of the objectives of the *Canada Health Act*. She thus found no legal basis to intervene, and declined to do so. This raises the issue of *who* it is that *should* resolve these important and contentious issues. Commissioner Roy Romanow makes the following observation in his Report:

> Some have described it as a perversion of Canadian values that they cannot use their money to purchase faster treatment from a private provider for their loved ones. I believe it is a far greater perversion of Canadian values to accept a system where money, rather than need, determines who gets access to care.
>
> (*Building on Values: The Future of Health Care in Canada: Final Report* (2002) ("Romanow Report"), at p. xx)

Whether or not one endorses this assessment, his premise is that the debate is about social values. It is not about constitutional law. We agree.

We believe our colleagues the Chief Justice and Major J. have extended too far the strands of interpretation under the *Canadian Charter* laid down in some of the earlier cases, in particular the ruling on abortion in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 (which involved criminal liability, not public health

n'y sont pas admissibles, ou encore qui ne sont pas assurés dans le cadre de l'emploi qu'ils occupent. La contestation constitutionnelle des appelants profitera aux Québécois qui sont assez à l'aise pour souscrire une assurance médicale privée et qui y sont admissibles.

166 Le gouvernement québécois considère que l'interdiction de souscrire une assurance privée est essentielle pour éviter que le système de santé unique actuel s'effrite pour devenir, en fait, un système à deux vitesses. La juge de première instance a conclu — ce que la preuve a démontré — à l'existence de bonnes raisons de redouter une telle évolution du régime public. Selon elle, la présence d'un secteur de la santé privé alimenté par l'assurance privée compromettrait la réalisation des objectifs de la *Loi canadienne sur la santé*. Elle a donc décidé qu'aucun motif juridique d'intervenir n'avait été établi, et a refusé de le faire. Cela soulève alors le problème de déterminer *à qui revient la responsabilité* de résoudre ces questions importantes et controversées. Le commissaire Roy Romanow fait cette remarque dans son rapport :

> Certains estiment que ne pas pouvoir acheter des services ou des traitements plus rapides fournis par l'entreprise privée pour aider leurs proches est une perversion des valeurs canadiennes. À mon avis, ce serait pervertir encore plus les valeurs canadiennes que d'accepter un système où l'argent plutôt que le besoin détermine qui a accès aux soins de santé.
>
> (*Guidé par nos valeurs : L'avenir des soins de santé au Canada : Rapport final* (2002) (« rapport Romanow »), p. xxii)

Qu'on s'entende ou non avec le commissaire Romanow sur ce point, son opinion repose sur le principe que le débat porte sur des valeurs sociales et ne relève pas du droit constitutionnel. Nous sommes d'accord.

167 Nous croyons que nos collègues la Juge en chef et le juge Major ont poussé trop loin la portée des courants d'interprétation de la *Charte canadienne* qui se sont développés à partir de quelques arrêts antérieurs, en particulier celui relatif à l'avortement *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (qui portait sur

policy). We cannot find in the constitutional law of Canada a "principle of fundamental justice" dispositive of the problems of waiting lists in the Quebec health system. In our view, the appellants' case does not rest on constitutional law but on their disagreement with the Quebec government on aspects of its social policy. The proper forum to determine the social policy of Quebec in this matter is the National Assembly.

168 Our colleagues the Chief Justice and Major J. write:

> The task of the courts, on s. 7 issues as on others, is to evaluate the issue in the light, not just of common sense or theory, but of the evidence. [para. 150]

This, of course, is precisely what the learned trial judge did after weeks of listening to expert testimony and argument. In general, we agree with her conclusions. There is nothing in the evidence to justify our colleagues' disagreement with her conclusion that the general availability of health insurance will lead to a significant expansion of the private health sector to the detriment of the public health sector. While no one doubts that the Quebec health plan is under sustained and heavy criticism, and that at least some of the criticisms were supported by the trial judge on the basis of the evidence, the trial judge rejected the appellants' contention (now accepted by our colleagues the Chief Justice and Major J.) that the prohibition on private insurance is contrary to the principles of fundamental justice. The trial judge's conclusion was endorsed by Justice Forget of the Quebec Court of Appeal. As a matter of law, we see no reason to interfere with their collective and unanimous judgment on this point. Whatever else it might be, the prohibition is not arbitrary.

169 We can all support the vague objective of "public health care of a reasonable standard within a reasonable time". Most people have opinions, many of

la responsabilité criminelle, mais non sur les politiques de santé publique). Nous ne pouvons retrouver dans le droit constitutionnel canadien un « principe de justice fondamentale » déterminant à l'égard des problèmes de listes d'attente du système de santé québécois. À notre avis, la thèse des appelants repose non pas sur le droit constitutionnel mais sur leur désaccord avec le gouvernement québécois au sujet d'aspects particuliers de sa politique sociale. C'est à l'Assemblée nationale qu'il appartient de discuter et d'établir la politique sociale du Québec.

Nos collègues la Juge en chef et le juge Major écrivent :

> Pour trancher les questions relatives à l'art. 7, les tribunaux doivent, comme pour toute autre question, procéder à une évaluation fondée sur la preuve et non seulement sur le bon sens ou des théories. [par. 150]

C'est exactement ce que la juge de première instance a fait après avoir entendu, pendant des semaines, les témoignages d'expert et l'argumentation des parties. En général, nous sommes d'accord avec ses conclusions. Rien dans la preuve ne justifie le désaccord de nos collègues avec la conclusion de la juge de la Cour supérieure selon laquelle l'accessibilité générale à l'assurance maladie entraînera une forte croissance du secteur de la santé privé au détriment du secteur de la santé public. Bien que personne ne doute que le régime de santé québécois fait constamment l'objet de critiques sévères et que la juge de première instance a, à la lumière de la preuve, reconnu le bien-fondé d'au moins une partie d'entre elles, il reste qu'elle a rejeté l'argument des appelants (que retiennent maintenant nos collègues la Juge en chef et le juge Major) selon lequel l'interdiction de souscrire une assurance privée serait contraire aux principes de justice fondamentale. Le juge Forget de la Cour d'appel du Québec a confirmé la conclusion de la juge de première instance. Nous ne voyons aucun motif juridique de modifier leur jugement collectif et unanime sur ce point. On peut sans doute porter des jugements très divers sur cette interdiction, mais elle n'est pas arbitraire.

Tous peuvent certes appuyer l'objectif imprécis de l'« accès dans un délai raisonnable à des soins de santé publics de qualité raisonnable ». La plupart des

them conflicting, about how to achieve it. A legislative policy is not "arbitrary" just because we may disagree with it. As our colleagues the Chief Justice and Major J. fully recognize, the legal test of "arbitrariness" is quite well established in the earlier case law. In our view that test is not met in this case, for reasons we will develop in some detail. Suffice it to say at this point that in our view, the appellants' argument about "arbitrariness" is based largely on generalizations about the public system drawn from fragmentary experience, an overly optimistic view of the benefits offered by private health insurance, an oversimplified view of the adverse effects on the public health system of permitting private sector health services to flourish and an overly interventionist view of the role the courts should play in trying to supply a "fix" to the failings, real or perceived, of major social programs.

A. *The Argument About Adding an "Upper Tier" to the Quebec Health Plan*

The nature of a two-tier system is explained as follows:

> In the broad sense, a two-tier system refers to two coexisting health care systems: a publicly funded system and a privately funded system. This definition implies that there is a differential access to health services based on one's ability to pay, rather than according to need. In other words, those who can afford it may either obtain access to better quality care or to quicker care in the privately funded system, while the rest of the population continues to access health care only through the publicly funded system. [Emphasis added.]
>
> (*The Health of Canadians — The Federal Role*, vol. 4, *Issues and Options*, Interim Report (2001) ("Kirby Report"), at p. 67)

It is evident, of course, that neither Quebec nor any of the other provinces has a "pure" single-tier system. In the area of uninsured medical services, for example, the private sector is the dominant supplier. In other cases, the private sector may perform

gens entretiennent des opinions, souvent divergentes, sur la façon de réaliser cet objectif. Cependant, une politique législative ne devient pas « arbitraire » du seul fait qu'on puisse être en désaccord avec elle. Comme nos collègues la Juge en chef et le juge Major le reconnaissent parfaitement, la jurisprudence a très bien explicité le critère juridique du « caractère arbitraire ». Pour les raisons que nous allons exposer de façon assez détaillée, nous estimons que ce critère n'est pas respecté en l'espèce. Pour l'instant, qu'il suffise de dire que nous considérons que l'argumentation des appelants relative au « caractère arbitraire » repose, dans une large mesure, sur des généralisations relatives au système public. Celles-ci découlent elles-mêmes d'événements isolés, d'une perception trop optimiste des avantages de l'assurance maladie privée, d'une conception simpliste des effets néfastes qu'aurait sur le système de santé public l'autorisation de l'accès aux services de santé du secteur privé et d'une vue trop interventionniste du rôle que les tribunaux devraient jouer, en les incitant à « remédier » aux faiblesses, réelles ou appréhendées, d'importants programmes sociaux.

A. *L'argument de l'ajout d'un « niveau supérieur » au régime de santé québécois*

On explique ainsi la nature du système à deux vitesses : 170

> Il s'agit en fait d'un régime où cohabitent deux systèmes : un système public financé par l'État et un système financé par des sources privées. Cette définition suppose que l'accès aux services de santé est déterminé par la capacité de payer et non pas par le besoin. Autrement dit, les personnes qui en ont les moyens peuvent obtenir des soins de meilleure qualité ou être soignées plus rapidement dans le système privé et le reste de la population continue de recevoir des soins dans la mesure des possibilités du système public. [Nous soulignons.]
>
> (*La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, vol. 4, *Questions et options*, Rapport intermédiaire (2001) (« rapport Kirby »), p. 72)

Il est évident, bien sûr, que ni le Québec ni aucune des autres provinces ne possède un système unique « pur ». Par exemple, le secteur privé représente le principal fournisseur de services médicaux non assurés. Dans d'autres cas, le secteur privé

the service but is paid by the state. The issue here, as it is so often in social policy debates, is where to draw the line. One can rarely say in such matters that one side of a line is "right" and the other side of a line is "wrong". Still less can we say that the boundaries of the Quebec health plan are dictated by the Constitution. Drawing the line around social programs properly falls within the legitimate exercise of the democratic mandates of people elected for such purposes, preferably after a public debate.

fournit un service dont l'État assume le coût. Comme cela se produit fréquemment dans les débats sur l'orientation de la société, la question, en l'espèce, consiste à situer la ligne de démarcation. On peut rarement affirmer, dans ces cas, qu'un côté de la ligne est « bon » et que l'autre est « mauvais ». On peut encore moins soutenir que la Constitution prescrit le cadre du régime de santé québécois. La définition des programmes sociaux relève, à juste titre, de l'exercice légitime des mandats démocratiques confiés aux politiciens élus à cette fin, de préférence à la suite d'un débat public.

B. *Background to the Health Policy Debate*

B. *Contexte du débat d'orientation en matière de santé*

171 Prior to 1961, only 53 percent of Canadians were covered by some form of health insurance, leaving approximately 8 million Canadians without insurance coverage (*Voluntary Medical Insurance and Prepayment* (1965) ("Berry Commission"), at pp. 177-78). At that time, health care costs were the number one cause of personal bankruptcy in Canada.

Avant 1961, seulement 53 pour 100 de la population canadienne bénéficiait d'une protection quelconque d'assurance maladie. Ceci veut dire qu'environ huit millions de Canadiens ne détenaient pas d'assurance (*Assurance médicale privée et paiement par anticipation* (1966) (« Commission Berry »), p. 179-180). À l'époque, le coût des soins de santé représentait la première cause de faillite personnelle au Canada.

172 In these circumstances, the people of Quebec, through their elected representatives, opted for a need-based, rather than a wealth-based, health care system. In the Castonguay-Nepveu Report, said to be the foundation of the public health care system in Quebec, it was stated:

> The maintenance of the people's health more and more is accepted as a collective responsibility. This is not surprising since it must be admitted that without vigorous State action, the right to health would remain a purely theoretical notion, without any real content. [Emphasis added.]
>
> (*Report of the Commission of Inquiry on Health and Social Welfare*, vol. IV, *Health*, t. 1, *The Present Situation* (1970) ("Castonguay-Nepveu Report"), at p. 30)

Dans ces circonstances, la population québécoise a, par l'entremise de ses représentants élus, opté pour un système de soins de santé fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer. Le rapport Castonguay-Nepveu, considéré comme la pierre angulaire du système de santé public au Québec, précise d'ailleurs :

> Le maintien de la santé de la population étant de plus en plus accepté comme une responsabilité collective, cela ne surprend guère, d'autant moins qu'il faut admettre que, sans une action vigoureuse de l'État, le droit à la santé demeurera une notion purement théorique, sans aucun contenu réel. [Nous soulignons.]
>
> (*Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social*, vol. IV, *La santé*, t. 1, *La situation actuelle* (1970) (« rapport Castonguay-Nepveu »), p. 34)

173 The Kirby Report noted in 2001 that "Canadians' attachment to a sense of collective responsibility for the provision of health care has remained largely intact despite a shift towards more

En 2001, le rapport Kirby soulignait que « [l]'importance accordée au Canada à la responsabilité collective en ce qui concerne la prestation de soins de santé est demeurée pratiquement

individualistic values" (vol. 4, at p. 137); see also *Emerging Solutions: Report and Recommendations* (2001) ("Clair Report"), at p. 243; *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec: Rapport du groupe de travail* (1999) ("Arpin Report"), at p. 34. Both the Kirby Report and the Romanow Report contained extensive investigations into the operations and problems of the current public health systems across Canada. They acknowledged that the financing of health care is putting a growing stress on public finances and national resources. For fiscal year 2004-2005, federal/provincial/territorial spending on health care is estimated to be about $88 billion (Finance Canada, *Federal Support for Health Care: The Facts* (September 2004)). Whether this growing level of expenditure is sustainable, justified or wise is a matter on which we all have opinions. In the absence of a violation of a recognized "principle of fundamental justice", the opinions that prevail should be those of the legislatures.

inchangée, malgré le progrès des valeurs individualistes » (vol. 4, p. 147); voir également *Les solutions émergentes : Rapport et recommandations* (2000) (« rapport Clair »), p. 243, ainsi que *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec : Rapport du groupe de travail* (1999) (« rapport Arpin »), p. 34. Les rapports Kirby et Romanow ont tous deux étudié en profondeur les activités et les problèmes courants des systèmes de santé publics au Canada. Ils reconnaissent que les coûts des soins de santé exercent une pression de plus en plus forte sur les finances publiques et les ressources nationales. On prévoit que les dépenses fédérales, provinciales et territoriales en matière de santé s'élèveront à environ 88 milliards de dollars au cours de l'année financière 2004-2005 (Ministère des Finances Canada, *Participation fédérale au financement des soins de santé : les faits* (septembre 2004)). Nous possédons tous nos propres vues sur la sagesse, la justification ou la viabilité de cet accroissement des dépenses de santé. En l'absence de violation d'un « principe de justice fondamentale » reconnu, l'opinion du législateur doit l'emporter.

Not all Canadian provinces prohibit private health insurance, but all of them (with the arguable exception of Newfoundland) take steps to protect the public health system by discouraging the private sector, whether by prohibiting private insurance (Quebec, Ontario, Manitoba, British Columbia, Alberta and Prince Edward Island) or by prohibiting doctors who opt out of the public sector, from billing their private patients more than the public sector tariff, thereby dulling the incentive to opt out (Ontario, Manitoba and Nova Scotia), or eliminating any form of cross-subsidy from the public to the private sector (Quebec, British Columbia, Alberta, Prince Edward Island, Saskatchewan and New Brunswick). The mixture of deterrents differs from province to province, but the underlying policies flow from the *Canada Health Act* and are the same: i.e., as a matter of *principle*, health care should be based on need, not wealth, and as a matter of *practicality* the provinces judge that growth of the private sector will undermine the strength of the public sector and

174 Les provinces canadiennes n'interdisent pas toutes l'assurance maladie privée, mais (à l'exception discutable de Terre-Neuve) elles prennent toutes des mesures pour protéger le système de santé public et empêcher la participation du secteur privé, soit en prohibant l'assurance privée (Québec, Ontario, Manitoba, Colombie-Britannique, Alberta et Île-du-Prince-Édouard), soit en interdisant aux médecins qui se désengagent du secteur public de facturer à leurs patients des honoraires supérieurs à ceux qu'autorise le régime public. Ces mesures diminuent l'attrait du secteur privé (Ontario, Manitoba et Nouvelle-Écosse) ou éliminent toute forme de financement du secteur privé par le secteur public (Québec, Colombie-Britannique, Alberta, Île-du-Prince-Édouard, Saskatchewan et Nouveau-Brunswick). Le mélange d'éléments dissuasifs varie d'une province à l'autre. Cependant, les politiques qui structurent le régime découlent toujours de la *Loi canadienne sur la santé* et restent : *en principe*, l'accès aux soins de santé doit reposer sur le besoin et non sur la capacité de payer, mais *en pratique*, les

its ability to achieve the objectives of the *Canada Health Act*.

175 The argument for a "two-tier system" is that it will enable "ordinary" Canadians to access private health care. Indeed, this is the view taken by our colleagues the Chief Justice and Major J. who quote the appellants' argument that "disallowing private insurance precludes the vast majority of Canadians (middle-income and low-income earners) from accessing" private health care (para. 137). This way of putting the argument suggests that the Court has a mandate to save middle-income and low-income Quebeckers from themselves, because both the Romanow Report and the Kirby Report found that the vast majority of "ordinary" Canadians want a publicly financed single-tier (more or less) health plan to which access is governed by need rather than wealth and where the availability of coverage is not contingent on personal insurability. Our colleagues rely in part on the experience in the United States (para. 148) and the fact that public funding in that country accounts for only 45 percent of total health care spending. But if we look at the practical reality of the U.S. system, the fact is that 15.6 percent of the American population (i.e., about 45 million people) had no health insurance coverage at all in 2003, including about 8.4 million children. As to making health care available to medium and low-income families, the effect of "two-tier" health coverage in the U.S. is much worse for minority groups than for the majority. Hispanics had an uninsured rate of 32.7 percent, and African Americans had an uninsured rate of 19.4 percent. For 45 million Americans, as for those "ordinary" Quebeckers who cannot afford private medical insurance or cannot obtain it because they are deemed to be "bad risks", it is a matter of public health care or no care at all (C. DeNavas-Walt, B. D. Proctor and R. J. Mills, *Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States: 2003* (2004), at pp. 56-59).

provinces jugent que la croissance du secteur privé affaiblira le secteur public et réduira sa capacité d'atteindre les objectifs de la *Loi canadienne sur la santé*.

L'argument au soutien d'un « système à deux vitesses » est qu'un tel système permettra aux Canadiens « ordinaires » d'avoir accès à des soins de santé privés. En fait, nos collègues la Juge en chef et le juge Major adoptent une opinion de cette nature lorsqu'ils citent l'argument des appelants selon lequel « interdire l'assurance privée empêche la vaste majorité des Canadiens (à revenu moyen ou faible) d'avoir accès » à des soins de santé privés (par. 137). Cette façon de présenter l'argument en question laisse entendre que la Cour a pour mission de protéger contre eux-mêmes les Québécois à revenu moyen ou faible, car les rapports Romanow et Kirby ont conclu que la vaste majorité des Canadiens « ordinaires » veulent un régime de santé public (plus ou moins) unique fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer et dans lequel la protection offerte n'est pas subordonnée à l'assurabilité personnelle. Nos collègues se fondent en partie sur la situation aux États-Unis (par. 148) et sur le fait que, dans ce pays, l'État n'assume que 45 pour 100 des dépenses totales de soins de santé. En pratique, toutefois, la réalité est qu'aux États-Unis 15,6 pour 100 de la population (soit environ 45 millions de personnes) ne bénéficiait d'aucune assurance en 2003, dont environ 8,4 millions d'enfants. Le problème d'accessibilité des familles à revenu moyen ou faible aux soins de santé dans le système de santé « à deux vitesses » des États-Unis touche plus durement les groupes minoritaires que la majorité de la population. 32,7 pour 100 des Hispaniques et 19,4 pour 100 des Afro-américains se trouvaient dépourvus de couverture d'assurance. L'accès aux soins de santé publics demeure le seul choix ouvert à 45 millions d'Américains, comme aux Québécois « ordinaires » qui n'ont pas les moyens de s'offrir une assurance médicale privée ou qui ne peuvent pas l'obtenir parce qu'on juge qu'ils présentent des « risques aggravés » (C. DeNavas-Walt, B. D. Proctor et R. J. Mills, *Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States : 2003* (2004), p. 56-59).

It would be open to Quebec to adopt a U.S.-style health care system. No one suggests that there is anything in our Constitution to prevent it. But to do so would be contrary to the policy of the Quebec National Assembly, and its policy in that respect is shared by the other provinces and the federal Parliament. As stated, Quebec further takes the view that significant growth in the private health care system (which the appellants advocate) would inevitably damage the public system. Our colleagues the Chief Justice and Major J. disagree with this assessment, but governments are entitled to act on a reasonable apprehension of risk of such damage. As noted by the majority in *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 133:

> Members of Parliament are elected to make these sorts of decisions, and have access to a broader range of information, more points of view, and a more flexible investigative process than courts do.

While the existence of waiting times is undoubted, and their management a matter of serious public concern, the proposed constitutional right to a two-tier health system for those who can afford private medical insurance would precipitate a seismic shift in health policy for Quebec. We do not believe that such a seismic shift is compelled by either the *Quebec Charter* or the *Canadian Charter*.

II. Analysis

The appellants' principal argument is that the existence of waiting lists in Quebec and the concurrent prohibition on private health insurance violate s. 7 of the *Canadian Charter*, which guarantees everyone the right to life, liberty and security of the person, and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

The *legal* question raised by our colleagues the Chief Justice and Major J. under the *Canadian Charter* is whether or not the Quebec health plan

176 Le Québec pourrait choisir un système de santé semblable à celui des Américains. Personne ne laisse entendre que la Constitution l'interdirait. Toutefois, une telle mesure contredirait la politique de l'Assemblée nationale du Québec qui, à cet égard, reste identique à celle des autres provinces et du Parlement fédéral. Comme nous l'avons vu, le Québec considère, en outre, qu'une forte croissance du système de santé privé (comme celle préconisée par les appelants) entraînerait inévitablement une détérioration du système public. Nos collègues la Juge en chef et le juge Major ne partagent pas cet avis, mais les gouvernements ont le droit de prendre des mesures fondées sur la crainte raisonnable d'une telle détérioration. Comme le soulignent les juges majoritaires dans l'arrêt *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 133 :

> Les députés sont élus pour prendre de telles décisions et ils ont accès à un plus large éventail de données, à un plus grand nombre de points de vue et à des moyens d'enquête plus souples que les tribunaux.

En dépit de l'existence indéniable de délais d'attente et du grave problème d'intérêt public posé par leur gestion, le droit constitutionnel à un système de santé à deux vitesses qu'auraient les gens ayant les moyens de souscrire une assurance médicale privée provoquerait un changement radical de la politique québécoise en matière de santé. Ni la *Charte québécoise* ni la *Charte canadienne* ne commande un tel changement.

II. Analyse

177 Les appelants soutiennent principalement que l'existence de listes d'attente au Québec et l'interdiction concomitante de souscrire une assurance maladie privée contreviennent à l'art. 7 de la *Charte canadienne*, qui protège le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et dispose qu'on ne peut porter atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

178 La question *de droit* que nos collègues la Juge en chef et le juge Major soulèvent au regard de la *Charte canadienne* consiste à déterminer si le

violates a *principle of fundamental justice* and, if so, whether the plan can nevertheless be saved under s. 1.

179 The reasons of our colleague Deschamps J., on the other hand, are limited to s. 1 of the *Quebec Charter* which protects the right of every human being to life and to personal security, inviolability and freedom. The *Quebec Charter* does not talk explicitly about "principles of fundamental justice". Nevertheless, in our view, the legislative limits fixed by the *Quebec Charter* are no more favourable to the appellants' case than are those fixed by the *Canadian Charter*. Rights under the *Quebec Charter* are to be exercised with "proper" regard to "democratic" values (including those of the electorate) "public order and the general well-being of the citizens of Québec" (including those who cannot afford, or may not qualify for, private health insurance coverage). We address this issue below starting at para. 266.

180 Our colleagues the Chief Justice and Major J. agree with the appellants that there is a violation of s. 7 of the *Canadian Charter*. As mentioned earlier, their opinion rests in substantial part on observations made by various members of this Court in *Morgentaler*. At issue in that case was the criminal liability of doctors and their patients under s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, for performing abortions. The nub of the legal challenge was that in creating the abortion offence Parliament had qualified the charge with a "therapeutic abortion" defence, but the defence was not working. The factual and legal issues raised in that criminal law problem are, we think, far removed from the debate over a two-tiered health system. *Morgentaler* applied a "manifest unfairness" test which has never been adopted by the Court outside the criminal law, and certainly not in the context of the design of social programs. The *Morgentaler* judgment fastened on internal inconsistencies in s. 251 of the *Code*, which find no counterpart here. In our view, with respect, *Morgentaler* provides no

régime de santé québécois viole un *principe de justice fondamentale* et, dans l'affirmative, si ce régime peut néanmoins être sauvegardé en application de l'article premier.

Par contre, les motifs de notre collègue la juge Deschamps traitent seulement de l'art. 1 de la *Charte québécoise*, qui garantit à tout être humain le droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne. La *Charte québécoise* ne mentionne pas explicitement les « principes de justice fondamentale ». Néanmoins, nous sommes d'avis que les limites législatives fixées par la *Charte québécoise* ne sont pas plus favorables à la thèse des appelants que celles prévues par la *Charte canadienne*. En effet, les droits garantis par la *Charte québécoise* doivent s'exercer « dans le respect » des valeurs « démocratiques » (y compris celles de l'électorat), « de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec » (y compris ceux qui n'ont pas les moyens de souscrire une assurance maladie privée, ou qui n'y sont pas admissibles). Nous abordons cette question plus loin à partir du par. 266.

Nos collègues la Juge en chef et le juge Major partagent l'opinion des appelants selon laquelle il y a contravention à l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Comme nous l'avons souligné, leur opinion repose en grande partie sur des commentaires de différents juges de notre Cour dans l'arrêt *Morgentaler*. Cette affaire portait sur le régime de responsabilité criminelle en matière d'avortement applicable aux médecins et à leurs patientes en vertu de l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. En substance, la contestation constitutionnelle de cette disposition faisait essentiellement valoir devant les tribunaux que le législateur avait théoriquement restreint l'application de l'acte criminel par la reconnaissance d'un moyen de défense fondé sur le caractère thérapeutique de l'avortement, mais que ce moyen de défense n'avait aucune valeur pratique. Les questions de fait et de droit que soulevait ce problème de droit criminel demeurent, croyons-nous, très éloignées du débat portant sur un système de santé à deux vitesses. Dans l'arrêt *Morgentaler*, la Cour a appliqué un critère d'« injustice manifeste » qu'elle n'a jamais adopté en dehors du droit criminel

support for the appellants in this case, as we discuss commencing at para. 259.

As stated, we accept the finding of the courts below that a two-tier health care system would likely have a negative impact on the integrity, functioning and viability of the public system: [2000] R.J.Q. 786, at p. 827; reasons of Forget J.A., [2002] R.J.Q. 1205, at p. 1215. Although this finding is disputed by our colleagues the Chief Justice and Major J. (a point to which we will return), it cannot be contested that as a matter of *principle*, access to private health care based on wealth rather than need contradicts one of the key social policy objectives expressed in the *Canada Health Act*. The state has established its interest in promoting the equal treatment of its citizens in terms of health care. The issue of arbitrariness relates only to the validity of the *means* adopted to achieve that policy objective. Counsel for the appellant Zeliotis was not oblivious to the potential danger posed by the re-allocation of health resources to the private sector. In opening his oral submissions to the Court, he acknowledged the need as a matter of social policy to protect the public health system:

[TRANSLATION] May a person use his or her own resources to obtain medical care outside the public system if the public system is unable to provide medical care within an acceptable time and if doing so *would not deprive the public system of the resources it needs*? . . .

. . . we recognize that it is perfectly legitimate for the state to make sure that the public system has on a priority basis all the resources it needs to function. *Thus, we concede that, if this were in fact impossible, our appeal should fail.* [Emphasis added.]

(Oral Transcript, Mr. Trudel, at p. 25)

et sûrement pas dans le contexte de la conception de programmes sociaux. L'arrêt *Morgentaler* portait sur des contradictions internes de l'art. 251 du *Code*, qui n'ont aucun équivalent dans la présente affaire. En toute déférence, nous estimons que l'arrêt *Morgentaler* n'est d'aucun secours aux appelants en l'espèce, comme nous l'expliquons à partir du par. 259.

Nous répétons que nous acceptons la conclusion 181
des tribunaux d'instance inférieure selon laquelle un système de soins de santé à deux vitesses aurait probablement une incidence négative sur l'intégrité, le bon fonctionnement et la viabilité du système public : [2000] R.J.Q. 786, p. 827; motifs du juge Forget de la Cour d'appel, [2002] R.J.Q. 1205, p. 1215. Bien que nos collègues la Juge en chef et le juge Major n'acceptent pas cette conclusion (un point sur lequel nous reviendrons), on ne saurait contester qu'en *principe* un régime d'accès aux soins de santé privés fondé sur la capacité de payer plutôt que sur le besoin va à l'encontre de l'un des principaux objectifs de politique sociale énoncés dans la *Loi canadienne sur la santé*. L'État a prouvé qu'il a intérêt à favoriser un traitement égal de ses citoyens en matière de soins de santé. Le problème du caractère arbitraire des dispositions législatives ne concerne que la validité des *moyens* choisis pour réaliser cet objectif de politique générale. L'avocat de l'appelant M. Zeliotis se montrait d'ailleurs conscient du risque posé par la nouvelle attribution de ressources en matière de santé au secteur privé. Au début de sa plaidoirie devant la Cour, il a reconnu la nécessité, sur le plan de la politique sociale, de protéger le système de santé public :

Peut-on utiliser ses propres ressources pour se procurer des soins médicaux à l'extérieur du régime public si ce dernier n'est pas en mesure de nous donner ces soins médicaux dans un délai acceptable et si, en ce faisant, *on ne prive pas le système public des ressources dont il a besoin*? . . .

. . . nous reconnaissons qu'il est tout à fait légitime pour l'État de s'assurer que le régime public dispose en priorité de toutes les ressources dont il a besoin pour fonctionner. *Or, nous le concédons, si ce n'est pas possible effectivement, nous ne devrions pas gagner cet appel.* [Italiques ajoutés.]

(Transcription, propos de M^e^ Trudel, p. 25)

While Quebec does not outlaw private health care, which is therefore accessible to those with cash on hand, it wishes to discourage its growth. Failure to stop the few people with ready cash does not pose a structural threat to the Quebec health plan. Failure to stop private health insurance will, as the trial judge found, do so. Private insurance is a condition precedent to, and aims at promoting, a flourishing parallel private health care sector. For Dr. Chaoulli in particular, that is the whole point of this proceeding.

Bien qu'il n'interdise pas les soins de santé privés, qui sont donc accessibles à ceux qui ont les moyens de se les offrir, le Québec souhaite en décourager la multiplication. Le défaut d'édicter une interdiction absolue touchant les quelques personnes capables de payer ne constitue pas une menace structurelle pour le régime de santé québécois. Toutefois, comme l'a conclu la juge de première instance, l'absence d'interdiction de l'assurance maladie privée représentera une telle menace. La possibilité de souscrire une assurance privée constitue un préalable incontournable au développement et à la vitalité économique d'un secteur de soins de santé privé parallèle. Pour le D[r] Chaoulli en particulier, cette question se situe au cœur de la présente instance.

A. *Preliminary Objections*

A. *Objections préliminaires*

182 The Attorneys General made two preliminary objections: first, that the claims raised on this appeal are not properly justiciable; and second, that neither Dr. Chaoulli nor Mr. Zeliotis has standing to bring their claim. These objections should be rejected.

Les procureurs généraux ont soulevé deux objections préliminaires : premièrement, ils ont fait valoir que les demandes en l'espèce soulèvent des questions que les tribunaux ne sauraient régler et, deuxièmement, que ni le D[r] Chaoulli ni M. Zeliotis n'a qualité pour agir à cet égard. Ces objections doivent être rejetées.

(1) Justiciability

(1) La justiciabilité

183 The Attorneys General of Canada and Quebec argue that the claims advanced by the appellants are inherently political and, therefore, not properly justiciable by the courts. We do not agree. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* affirms the constitutional power and *obligation* of courts to declare laws of no force or effect to the extent of their inconsistency with the Constitution. Where a violation stems from a *Canadian Charter* breach, the court may also order whatever remedy is "appropriate and just" in the circumstances under s. 24. There is nothing in our constitutional arrangement to exclude "political questions" from judicial review where the Constitution itself is alleged to be violated.

Les procureurs généraux du Canada et du Québec prétendent que le caractère intrinsèquement politique des demandes présentées par les appelants les soustrait à la compétence des tribunaux. Nous ne partageons pas cette opinion. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* confirme le pouvoir et *l'obligation* constitutionnels des tribunaux de déclarer inopérantes les dispositions de toute règle de droit qui sont incompatibles avec la Constitution. Lorsqu'une atteinte émane d'une contravention à la *Charte canadienne*, le tribunal peut, en vertu de l'art. 24, ordonner toute réparation qu'il estime « convenable et juste » eu égard aux circonstances. Rien dans notre régime constitutionnel ne soustrait les « questions politiques » au contrôle judiciaire devant une allégation de violation de la Constitution elle-même.

184 Nevertheless, a correct balance must be struck between the judiciary and the other branches of

Il convient néanmoins d'établir un juste équilibre entre le pouvoir judiciaire et les autres organes

government. Each branch must respect the limits of its institutional role. As stated in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, "the courts are to uphold the Constitution and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others' role and the role of the courts" (para. 136).

In the present case, the appellants are challenging the legality of Quebec's prohibition against private health insurance. While the issue raises "political questions" of a high order, the alleged *Canadian Charter* violation framed by the appellants is in its nature justiciable, and the Court should deal with it.

(2) Standing of Dr. Chaoulli and Mr. Zeliotis

Article 55 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, requires that the party bringing an action have a "sufficient interest" in the litigation. In our view, for the reasons given by the trial judge, as previously mentioned, Mr. Zeliotis has not demonstrated that systemic waiting lists were the cause of his delayed treatment.

Dr. Chaoulli's situation is different. He offers himself as an advocate for private health insurance. He is a medically trained individual who has a history of conflict with the Quebec health authorities and of disobedience to their rules governing medical practice. The trial judge found Dr. Chaoulli's motives to be questionable:

[TRANSLATION] At first, Dr. Chaoulli was supposed to complete his initial contract in a remote region. He did not do so but returned to Montréal and, contrary to what he was entitled to do, began practising on the South Shore. He then obstinately insisted on practising medicine as he pleased, disregarding the regional board's decisions. Dr. Chaoulli never testified that he

de gouvernement. Chaque organe de gouvernement doit respecter les limites de son rôle institutionnel. Comme le précise l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, « [i]l incombe [. . .] aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux » (par. 136).

185 En l'espèce, les appelants contestent la légalité de l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée au Québec. Bien que la question soulève des « questions politiques » d'importance capitale, la contravention à la *Charte canadienne* alléguée par les appelants relève, de par sa nature, de la compétence des tribunaux, et notre Cour doit l'examiner.

(2) Qualité pour agir du D^r^ Chaoulli et de M. Zeliotis

186 L'article 55 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, exige que la partie qui forme une demande en justice ait un « intérêt suffisant ». À notre avis, pour les raisons déjà mentionnées qui ont été exposées par la juge de première instance, M. Zeliotis n'a pas démontré que l'existence de listes d'attente systémiques était à l'origine de son délai d'attente pour un traitement.

187 La situation du D^r^ Chaoulli diffère. Il se présente comme le défenseur de l'assurance maladie privée. Doté d'une formation médicale, il a, à maintes reprises, été en conflit avec les autorités sanitaires québécoises et contrevenu à leurs règles sur la pratique médicale. La juge de première instance a mis en doute la nature réelle des motivations du D^r^ Chaoulli :

Au départ, D^r^ Chaoulli devait compléter son contrat initial en région. Il ne le fait pas, revient à Montréal et, contrairement à ce qu'il a le droit de faire, commence à exercer sur la Rive-Sud. Il s'obstine ensuite à exercer la médecine comme il le veut, sans respecter ce que la Régie régionale décide. D^r^ Chaoulli n'a jamais témoigné non plus à l'effet qu'il avait reçu des soins

had received inadequate care or that the system had not responded to his personal health needs. He still faces substantial penalties at the Régie de l'assurance-maladie du Québec. He was released from his obligations, returned to the public system, and is still not satisfied. All this leads the Court to question Dr. Chaoulli's real motives in this dispute. It is impossible not to be struck by the contradictions in his testimony and by the impression that Dr. Chaoulli has embarked on a crusade that now raises questions transcending his own personal case. [p. 795]

188 Nevertheless, we accept that the appellants have a sufficient interest in the constitutional questions to be given public interest standing. In *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, at p. 598, Martland J. wrote that to qualify in that regard, a person must satisfy three requirements:

> [T]o establish status as a plaintiff in a suit seeking a declaration that legislation is invalid, if there is a serious issue as to its invalidity, a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court.

See also *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236.

189 All three of these conditions are met in the present case. First, there is a serious challenge to the invalidity of the impugned provisions. Access to medical care is a concern of all Quebec residents. Second, Dr. Chaoulli and Mr. Zeliotis are both Quebec residents and are therefore directly affected by the provisions barring access to private health insurance. Third, the appellants advance the broad claim that the Quebec health plan is unconstitutional for *systemic* reasons. They do not limit themselves to the circumstances of any particular patient. Their argument is not limited to a case-by-case consideration. They make the generic argument that Quebec's chronic waiting lists destroy Quebec's legislative authority to draw the line against private health insurance. From a practical point of view, while individual patients could be expected to bring their own cases to court if

inadéquats ou que le système n'avait pas répondu à ses besoins personnels de santé. Il a des pénalités importantes encore en jeu avec la Régie de l'assurance-maladie du Québec. Il a été désengagé, est revenu dans le système public, n'est toujours pas satisfait. Tout ceci amène le Tribunal à se poser des questions sur les véritables motivations du D[r] Chaoulli dans le présent débat. On ne peut qu'être frappé par les contradictions dans le témoignage et l'impression que le D[r] Chaoulli s'est embarqué dans une croisade dont les enjeux lui échappent aujourd'hui. [p. 795]

Néanmoins, nous reconnaissons que l'intérêt des appelants dans les questions constitutionnelles suffit pour leur donner qualité pour agir dans l'intérêt public. Dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, p. 598, le juge Martland a rappelé qu'une personne devait remplir trois conditions pour avoir qualité à ces fins :

> [P]our établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.

Voir également l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

Ces trois conditions sont remplies en l'espèce. Premièrement, la validité des dispositions en cause est sérieusement contestée. L'accès aux soins médicaux constitue aujourd'hui un souci commun à l'ensemble des résidents québécois. Deuxièmement, le D[r] Chaoulli et M. Zeliotis résident tous les deux au Québec. Les dispositions interdisant l'accès à l'assurance maladie privée les touchent donc directement. Troisièmement, les appelants plaident, de manière générale, l'inconstitutionnalité du régime de santé québécois pour des raisons *systémiques*. Ils ne s'en tiennent pas à la situation d'un patient en particulier. Leur argument ne se limite pas à un examen ponctuel. Ils avancent l'argument général selon lequel le Québec perd le pouvoir de légiférer pour interdire l'accès à l'assurance maladie privée en raison des listes d'attente chroniques avec lesquelles il

they wished to do so, it would be unreasonable to expect a seriously ailing person to bring a systemic challenge to the whole health plan, as was done here. The material, physical and emotional resources of individuals who are ill, and quite possibly dying, are likely to be focussed on their own circumstances. In this sense, there is no other class of persons that is more directly affected and that could be expected to undertake the lengthy and no doubt costly systemic challenge to single-tier medicine. Consequently, we agree that the appellants in this case were rightly granted public interest standing. However, the corollary to this ruling is that failure by the appellants in their systemic challenge would not foreclose constitutional relief to an individual based on, and limited to, his or her particular circumstances.

est aux prises. D'un point de vue pratique, même si on pouvait s'attendre à ce que des patients — qui souhaitent le faire — recourent aux tribunaux, il serait déraisonnable de s'attendre à ce qu'une personne gravement malade s'engage dans une contestation systémique de l'ensemble du régime de santé, comme cela a été fait en l'espèce. Les personnes malades, voire mourantes, consacreront plutôt leurs ressources matérielles, physiques et affectives à leur propre situation. En ce sens, aucune autre catégorie de personnes n'est plus directement touchée ni mieux placée pour entamer une longue et indubitablement coûteuse contestation systémique du régime de médecine unique. Nous convenons donc que les appelants en l'espèce se sont vu reconnaître, à juste titre, la qualité pour agir dans l'intérêt public. En conséquence, toutefois, l'échec de la contestation systémique des appelants ne priverait pas une personne d'un recours constitutionnel fondé exclusivement sur sa situation particulière.

B. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

The Chief Justice and Major J. would strike down the Quebec legislation on the basis of s. 7 of the *Canadian Charter*, which provides:

> **7.** Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Like our colleagues McLachlin C.J. and Major J., we accept the trial judge's conclusion that in *some* circumstances *some* Quebeckers may have their life or "security of the person" put at risk by the prohibition against private health insurance. However, unlike our colleagues, we agree with the trial judge and the Quebec Court of Appeal that this situation, however deplorable, is not capable of resolution as a matter of constitutional law. At the same time, we reject some of the constraints that the Attorney General of Quebec would place on the Court's analysis.

B. *Charte canadienne des droits et libertés*

190 La Juge en chef et le juge Major sont d'avis d'invalider la mesure législative québécoise en raison de l'art. 7 de la *Charte canadienne*, qui prévoit :

> **7.** Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

191 À l'instar de nos collègues la juge en chef McLachlin et le juge Major, nous acceptons la conclusion de la juge de première instance voulant que, dans *certaines* circonstances, *certains* Québécois peuvent voir leur vie ou la « sécurité de leur personne » compromise par l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée. Cependant, contrairement à nos collègues, nous partageons l'avis de la juge de première instance et de la Cour d'appel du Québec, selon lequel cette situation, si déplorable soit-elle, ne se prête pas à une solution fondée sur le droit constitutionnel. En même temps, nous rejetons certaines restrictions auxquelles le procureur général du Québec souhaiterait assujettir l'analyse de notre Cour.

(1) The Application of Section 7 to Matters Not Falling Within the Administration of Justice

192 The Attorney General of Quebec argues that s. 7 does not protect economic rights. This is true, but is somewhat beside the point. The appellants seek access to a two-tier health system. The fact it will cost money to the people in the "upper tier" is an incidental (although important) aspect of their challenge, which is principled in nature.

193 Section 7 gives rise to some of the most difficult issues in *Canadian Charter* litigation. Because s. 7 protects the most basic interests of human beings — life, liberty and security — claimants call on the courts to adjudicate many difficult moral and ethical issues. It is therefore prudent, in our view, to proceed cautiously and incrementally in applying s. 7, particularly in distilling those principles that are so vital to our society's conception of "principles of fundamental justice" as to be constitutionally entrenched.

194 At first blush, s. 15 of the *Health Insurance Act*, R.S.Q., c. A-29, and s. 11 of the *Hospital Insurance Act*, R.S.Q., c. A-28, seem far removed from the usual concerns of s. 7 of the *Canadian Charter*. The provisions sought to be invalidated provide:

15. No person shall make or renew a contract of insurance or make a payment under a contract of insurance under which an insured service is furnished or under which all or part of the cost of such a service is paid to a resident or a deemed resident of Québec or to another person on his behalf.

. . .

11. (1) No one shall make or renew, or make a payment under a contract under which

(*a*) a resident is to be provided with or to be reimbursed for the cost of any hospital service that is one of the insured services;

(1) L'application de l'art. 7 aux questions ne relevant pas de l'administration de la justice

Le procureur général du Québec soutient que l'art. 7 ne protège pas les droits économiques. L'exactitude de cette prétention n'a toutefois aucun rapport avec la question qui se pose. Les appelants sollicitent l'accès à un système de santé à deux vitesses. Le fait que les gens du « niveau supérieur » seront appelés à débourser représente un aspect secondaire (quoique important) d'une contestation toujours fondée sur des principes, par sa nature même.

L'article 7 soulève certaines questions parmi les plus difficiles dans les litiges rattachés à l'application de la *Charte canadienne*. La protection accordée par l'art. 7 aux droits les plus fondamentaux de l'être humain — la vie, la liberté et la sécurité —, appelle les tribunaux à trancher plusieurs questions morales et éthiques complexes. Nous estimons donc qu'il est sage d'appliquer l'art. 7 prudemment et progressivement et, en particulier, de dégager ces principes si essentiels à la conception que notre société se forme des « principes de justice fondamentale » que notre Constitution doit les consacrer.

De prime abord, l'art. 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29, et l'art. 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, L.R.Q., ch. A-28, semblent très éloignés des domaines d'application habituels de l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Le texte des dispositions attaquées se lit ainsi :

15. Nul ne doit faire ou renouveler un contrat d'assurance ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat d'assurance par lequel un service assuré est fourni ou le coût d'un tel service est payé à une personne qui réside ou est réputé résider au Québec ou à une autre personne pour son compte, en totalité ou en partie.

. . .

11. 1. Nul ne doit faire ou renouveler un contrat ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat par lequel

a) un service hospitalier compris dans les services assurés doit être fourni à un résident ou le coût doit lui en être remboursé;

(*b*) payment is conditional upon the hospitalization of a resident; or

(*c*) payment is dependent upon the length of time the resident is a patient in a facility maintained by an institution contemplated in section 2.

The present challenge does not arise out of an adjudicative context or one involving the administration of justice. Sections 11 and 15 are plainly not adjudicative provisions. Nor are they administrative provisions in the sense of being part of the administrative scheme for the provision of health services, though they do form part of the regulatory health regime. Section 11 is a *civil* prohibition against the making or renewing of a contract for insurance for "insured services" and against the payment under such a contract for "insured services". Any contract entered into in contravention of s. 11 and s. 15 would be absolutely null and unenforceable because it is contrary to the general interest: art. 1417 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. Although small fines may be imposed for the breach of these provisions, we think that regulations providing for such fines, which are wholly incidental to the regulatory purpose, would not create a sufficient nexus with the adjudicative context to ground the application of s. 7 on that basis.

It will likely be a rare case where s. 7 will apply in circumstances entirely unrelated to adjudicative or administrative proceedings. That said, the Court has consistently left open the possibility that s. 7 may apply outside the context of the administration of justice: *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, at paras. 78-80 and 414.

The Court has been moving away from a narrow approach to s. 7, which restricted the scope of the section to legal rights to be interpreted in light of the rights enumerated in ss. 8 to 14: see, e.g., *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 ("*Prostitution Reference*"), at pp. 1171-74. In *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, the majority held that s. 7 can apply outside of the criminal context. Further,

b) l'hospitalisation d'un résident est la condition du paiement; ou

c) le paiement dépend de la durée du séjour d'un résident comme patient dans une installation maintenue par un établissement visé dans l'article 2.

195 La présente contestation ne découle pas d'un contexte juridictionnel ni d'une situation rattachée à l'administration de la justice. Manifestement, les art. 11 et 15 n'ont pas de caractère juridictionnel. Ils ne représentent pas non plus des dispositions de nature administrative appartenant au régime administratif applicable à la prestation de services de santé, bien qu'ils constituent une partie du régime réglementaire de la santé. L'article 11 constitue une interdiction *civile* de souscrire ou de renouveler un contrat d'assurance pour des « services assurés », et de payer, en vertu d'un tel contrat, pour des « services assurés ». Tout contrat conclu en contravention des art. 11 et 15 serait alors frappé de nullité absolue et inexécutoire parce que contraire à l'intérêt général : art. 1417 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64. Bien que de faibles amendes puissent sanctionner les contraventions à ces dispositions, l'existence d'un règlement prescrivant ces amendes, entièrement liées à l'objectif de réglementation, ne créerait pas avec le contexte juridictionnel un lien suffisant pour fonder l'application de l'art. 7.

196 En toute probabilité, l'art. 7 s'appliquera rarement dans des circonstances sans rapport avec des procédures décisionnelles ou administratives. Cependant, notre Cour n'a jamais écarté toute possibilité d'application de l'art. 7 en dehors du contexte de l'administration de la justice : *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84, par. 78-80 et 414.

197 En effet, notre Cour a délaissé progressivement l'interprétation restrictive de l'art. 7, qui en limitait la portée aux garanties juridiques devant être interprétées à la lumière des droits énumérés aux art. 8 à 14 : voir, p. ex., 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 (« *Renvoi sur la prostitution* »), p. 1171-1174. Dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, les juges majoritaires ont reconnu

in *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48, the Court noted that it had held in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, that the wardship provisions of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, denying parents the ability to choose medical treatment for their infants, implicated the s. 7 liberty interests of parents.

198 Placing s. 7 under the heading "Legal Rights" in the *Canadian Charter* does not narrow or control its scope. Such a result would be unduly formalistic and inconsistent with the large, liberal and purposive interpretation of s. 7 that has been the hallmark of this Court's approach since *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. This is evidenced by the refusal of the majority in that case to restrict "principles of fundamental justice" solely to procedural guarantees. Lamer J. observed that "the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles, not only of our judicial process, but also of the other components of our legal system" (p. 512 (emphasis added)).

199 Claimants whose life, liberty or security of the person is put at risk are entitled to relief only to the extent that their complaint arises from a breach of an identifiable principle of fundamental justice. The real control over the scope and operation of s. 7 is to be found in the requirement that the applicant identify a violation of a principle of fundamental justice. The further a challenged state action lies from the traditional adjudicative context, the more difficult it will be for a claimant to make that essential link. As will become clear, that is precisely the difficulty encountered by the claimants here: they are unable to demonstrate that any principle of fundamental justice has been contravened.

que l'art. 7 peut s'appliquer en dehors du contexte du droit criminel. En outre, dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, notre Cour a rappelé que dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, elle avait décidé que les dispositions en matière de garde de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, qui empêchaient les parents de choisir un traitement médical pour leurs enfants en bas âge, mettaient en cause le droit à la liberté garanti aux parents par l'art. 7.

L'insertion de l'art. 7 sous la rubrique « Garanties juridiques » de la *Charte canadienne* ne réduit pas ou ne délimite pas, à elle seule, la portée de cette disposition. Le caractère trop formaliste d'un tel résultat ne se concilierait pas avec l'interprétation large, libérale et téléologique de l'art. 7, qui inspire l'approche de notre Cour depuis le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Cette conclusion ressort du refus des juges majoritaires, dans cette affaire, de limiter les « principes de justice fondamentale » aux seules garanties procédurales. Comme l'a fait observer le juge Lamer, « les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique » (p. 512 (nous soulignons)).

Les demandeurs dont la vie, la liberté ou la sécurité de la personne est compromise ne jouissent d'un droit de recours que dans la mesure où leur plainte découle de la violation d'un principe de justice fondamentale identifiable. L'exigence que le demandeur relève la violation d'un principe de justice fondamentale constitue donc le seul mécanisme de contrôle efficace de la portée et de l'application de l'art. 7. Plus la mesure étatique contestée s'éloigne du contexte juridictionnel traditionnel, plus il devient difficile pour le demandeur d'établir l'existence de ce lien essentiel. Comme nous le constaterons, les demandeurs se heurtent précisément à cette difficulté en l'espèce : ils ne réussissent pas à établir la violation d'un principe de justice fondamentale.

(2) Which Section 7 Interests Are Engaged?

Section 7 interests are enumerated as life, liberty and security of the person. As stated, we accept the trial judge's finding that the current state of the Quebec health system, linked to the prohibition against health insurance for insured services, is capable, at least in the cases of some individuals on some occasions, of putting at risk their life or security of the person.

We do not agree with the appellants, however, that the Quebec Health Plan puts the "liberty" of Quebeckers at risk. The argument that "liberty" includes freedom of contract (in this case to contract for private medical insurance) is novel in Canada, where economic rights are not included in the *Canadian Charter* and discredited in the United States. In that country, the liberty of individuals (mainly employers) to contract out of social and economic programs was endorsed by the Supreme Court in the early decades of the 20th century on the theory that laws that prohibited employers from entering into oppressive contracts with employees violated their "liberty" of contract; see, e.g., *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), at p. 62:

> . . . a prohibition to enter into any contract of labor in a bakery for more than a certain number of hours a week, is, in our judgment, so wholly beside the matter of a proper, reasonable and fair provision, as to run counter to that liberty of person and of free contract provided for in the Federal Constitution.

Of this line of cases, which was not brought to an end until *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), Professor L. H. Tribe has written that the Supreme Court of the United States:

> . . . relied on the Fourteenth Amendment's Due Process Clause to strike down economic legislation that the Court saw as improperly infringing on contractual liberty, but in which the Court was widely (even if not always

(2) Quels droits garantis par l'art. 7 sont en jeu?

L'article 7 garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Nous répétons que nous acceptons la conclusion de la juge de première instance selon laquelle l'état actuel du système de santé québécois, lié à l'interdiction de souscrire une assurance maladie pour des services assurés, peut compromettre la vie ou la sécurité de la personne de certains individus dans certaines circonstances tout au moins. 200

Toutefois, nous ne sommes pas d'accord avec les appelants pour dire que le régime de santé québécois compromet la « liberté » des Québécois. L'argument voulant que la notion de « liberté » inclue la liberté contractuelle (en l'espèce, la liberté de conclure un contrat d'assurance médicale privée) est nouveau au Canada, où les droits économiques ne sont pas inclus dans la *Charte canadienne*, et est discrédité aux États-Unis. Dans ce pays, la Cour suprême a, pendant les premières décennies du XX^e^ siècle, reconnu la liberté individuelle (principalement d'employeurs) de renoncer à l'application de programmes socio-économiques, en vertu du postulat que les règles de droit interdisant aux employeurs la conclusion de contrats oppressifs avec leurs employés portaient atteinte à leur « liberté » contractuelle : voir, p. ex., l'arrêt *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905), p. 62 : 201

> [TRADUCTION] . . . l'interdiction de conclure, dans une boulangerie, un contrat de travail qui permettrait de dépasser un certain nombre d'heures de travail par semaine, n'a, d'après nous, tellement rien de commun avec une disposition légitime, raisonnable et équitable qu'elle va à l'encontre de la liberté de la personne et de la liberté contractuelle prévues dans la Constitution fédérale.

Dans un commentaire sur ce courant de jurisprudence qui n'est disparu qu'avec l'arrêt *West Coast Hotel Co. c. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), le professeur L. H. Tribe a écrit que la Cour suprême des États-Unis :

> [TRADUCTION] . . . s'[était] fondée sur la clause d'application régulière de la loi du Quatorzième amendement pour invalider des mesures législatives économiques qui, selon la Cour, portaient indûment atteinte à la liberté

correctly) perceived to be substituting its own judgment, in the absence of any actual constitutional mandate, for that of the legislature. [Emphasis added.]

(*American Constitutional Law* (3rd ed. 2000), vol. 1, at p. 1318)

202 Nor do we accept that s. 7 of the *Canadian Charter* guarantees Dr. Chaoulli the "liberty" to deliver health care in a private context. The trial judge correctly concluded that [TRANSLATION] "*s. 7* of the Canadian charter does not protect a physician's right to practise his or her profession without restrictions in the private sector. That is a purely economic right" (p. 823 (emphasis in original)). The fact that state action constrains an individual's freedom by eliminating career choices that would otherwise be available does not in itself attract the protection of the liberty interest under s. 7. The liberty interest does not, for example, include the right to transact business whenever one wishes: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 786. Nor does it protect the right to exercise one's chosen profession: *Prostitution Reference*, at p. 1179, *per* Lamer J. We would therefore reject Dr. Chaoulli's claim on behalf of care providers that their liberty interest under either the *Canadian Charter* or the *Quebec Charter* has been infringed by Quebec's single-tier public health system.

(3) Is There a Constitutional Right to Spend Money?

203 Reference has already been made to the question raised by our colleague Deschamps J. at para. 4 of her reasons:

In essence, the question is whether Quebeckers who are prepared to spend money to get access to health care that is, in practice, not accessible in the public sector because of waiting lists may be validly prevented from doing so by the state.

While we do not accept that there is a constitutional right "to spend money", which would be a property right, we agree that if the public system fails to deliver life-saving care and an individual is

contractuelle, mais où la Cour était largement (voire toujours à juste titre) perçue comme substituant, en l'absence de véritable mandat constitutionnel, son propre jugement à celui du législateur. [Nous soulignons.]

(*American Constitutional Law* (3e éd. 2000), vol. 1, p. 1318)

Nous ne reconnaissons pas non plus que l'art. 7 de la *Charte canadienne* garantit au Dr Chaoulli la « liberté » de dispenser des soins de santé dans un contexte privé. La juge de première instance a conclu, à juste titre, que « *l'article 7* de la charte canadienne ne protège pas le droit d'un médecin d'exercer sa profession sans contrainte dans le domaine privé. Ceci est un droit purement économique » (p. 823 (en italique dans l'original)). Le seul fait que la mesure étatique restreigne la liberté individuelle par l'élimination de choix de carrière par ailleurs possibles ne met pas en jeu la protection du droit à la liberté visé par l'art. 7. Le droit à la liberté ne comprend pas, par exemple, le droit de faire des affaires dans toutes les occasions souhaitées : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 786. Il ne s'étend pas non plus au droit d'une personne d'exercer la profession de son choix : *Renvoi sur la prostitution*, p. 1179, le juge Lamer. Par conséquent, nous rejetterions l'argument, qu'avance le Dr Chaoulli au nom des dispensateurs de soins, selon lequel le système de santé public unique du Québec porte atteinte à un droit à la liberté garanti par la *Charte canadienne* ou la *Charte québécoise*.

(3) La Constitution protège-t-elle le droit de débourser?

Nous avons déjà mentionné cette question que notre collègue la juge Deschamps soulève au par. 4 de ses motifs :

Exprimée succinctement, la question est de savoir si les Québécois qui sont prêts à débourser pour avoir accès à des soins de santé qui sont, en pratique, inaccessibles dans le réseau public en raison des listes d'attente peuvent être validement être empêchés de le faire par l'État.

Nous ne reconnaissons pas l'existence d'un droit constitutionnel de « débourser », qui correspondrait à une forme de droit de propriété. Cependant, nous convenons que la conjonction d'un défaut

simultaneously prevented from seeking insurance to cover the cost of that care in a private facility, then the individual is potentially caught in a situation that may signal a deprivation of his or her security of the person.

This is not to say that every encounter with a waiting list will trigger the application of s. 7. The interference with one's mental well-being must not be trivial. It must rise above the ordinary anxiety caused by the vicissitudes of life, but it need not be so grave as to lead to serious mental anguish or nervous breakdown. Some individuals that meet this test are to be found entangled in the Quebec health system. The fact that such individuals do not include the appellants personally is not fatal to their challenge because they come here as plaintiffs purporting to represent the public interest.

The Court has found a deprivation of one's psychological integrity sufficient to ground a s. 7 claim in a range of cases. In *Morgentaler*, the majority held that the impugned abortion provisions seriously compromised a woman's physical and psychological integrity in a manner that constituted an infringement of her security of the person: at pp. 56-57, *per* Dickson C.J. (Lamer J. concurring), at pp. 104-5, *per* Beetz J. (Estey J. concurring); at pp. 173-74, *per* Wilson J. The Court subsequently held that the criminal prohibition against assisting someone to commit suicide constituted an impingement of the claimant's physical and psychological integrity that amounted to a deprivation of the right to security of the person under s. 7; the claimant in that case was suffering from Lou Gehrig's disease, a rapidly deteriorating condition, which results in paralysis and eventually requires invasive life-prolonging measures to be taken: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519. More recently, in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, the Court was unanimous in saying that removal of a child from parental custody by the state pursuant to its wardship jurisdiction constituted a serious interference with the psychological integrity

d'accès à des soins nécessaires à la préservation de la vie dans le secteur public et de la prohibition de la souscription d'assurances privées qui permettent de les acquérir dans le secteur privé est susceptible de créer des situations de nature à porter atteinte à la sécurité de la personne.

204 Cette conclusion ne signifie pas que l'art. 7 s'applique dans tous les cas où il existe une liste d'attente. L'atteinte au bien-être psychologique ne doit pas être négligeable. Il faut que sa gravité dépasse l'angoisse normale qu'entraînent les vicissitudes de la vie, sans qu'il soit nécessaire toutefois de démontrer qu'elle cause une souffrance morale majeure ou une dépression nerveuse. Certaines personnes qui satisfont à ce critère se trouvent sans doute coincées par le système de santé québécois. Le fait que les appelants n'appartiennent pas à ce groupe de personnes ne justifie pas le rejet de leur contestation parce qu'ils comparaissent en l'espèce en qualité de demandeurs réputés agir dans l'intérêt public.

205 Notre Cour a statué, dans divers arrêts, que l'atteinte à l'intégrité psychologique suffisait pour justifier une demande fondée sur l'art. 7. Ainsi, dans l'arrêt *Morgentaler*, les juges majoritaires ont conclu que les dispositions contestées en matière d'avortement compromettaient gravement l'intégrité physique et psychologique d'une femme au point de porter atteinte à la sécurité de sa personne : p. 56-57, le juge en chef Dickson (avec l'appui du juge Lamer); p. 104-105, le juge Beetz (avec l'appui du juge Estey); p. 173-174, la juge Wilson. Notre Cour a, par la suite, décidé que l'interdiction criminelle de l'aide au suicide constituait une atteinte à l'intégrité physique et psychologique d'une demanderesse, puisqu'elle la privait du droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7. Dans cette affaire, la maladie de Lou Gehrig avait causé une détérioration rapide de l'état de santé de cette demanderesse. Cette maladie entraîne, en effet, la paralysie et impose éventuellement des mesures invasives destinées à prolonger la vie de la personne atteinte (*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519). Plus récemment, dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, la Cour a conclu, à l'unanimité, que le retrait

of the parent that deprived the parent of the security of the person.

de la garde d'un enfant par l'État, conformément à sa compétence en matière de tutelle, constituait une atteinte grave à l'intégrité psychologique du parent, qui le privait de la sécurité de sa personne.

206 It may also be that a lack of timely medical intervention will put the *physical* security of the patient at risk. The condition of a cardiac or cancer patient, for example, may seriously deteriorate if treatment is not available quickly.

Par ailleurs, l'absence d'intervention médicale en temps opportun peut aussi compromettre la sécurité *physique* du patient. Par exemple, l'état d'un patient atteint d'un cancer ou d'une maladie cardiaque se détériore parfois gravement, faute de traitement rapide.

207 As stated, the principal legal hurdle to the appellants' *Canadian Charter* challenge is not the preliminary step of identifying a s. 7 interest potentially affected in the case of some Quebeckers in some circumstances. The hurdle lies in their failure to find a fundamental principle of justice that is violated by the Quebec health plan so as to justify the Court in striking down the prohibition against private insurance for what the government has identified as "insured services".

Comme nous l'avons vu, le principal obstacle juridique à la contestation des appelants fondée sur la *Charte canadienne* ne se situe pas au niveau de la première étape d'identification d'un droit garanti par l'art. 7 que certains Québécois risquent de voir compromis dans certaines circonstances. Cet obstacle découle plutôt de l'échec de leur tentative d'établir l'existence d'un principe de justice fondamentale dont la violation par le régime de santé québécois justifie l'invalidation par la Cour de l'interdiction de souscrire une assurance privée pour les prestations qualifiées de « services assurés » par le gouvernement.

C. *Principles of Fundamental Justice*

C. *Principes de justice fondamentale*

208 For a principle to be one of fundamental justice, it must count among the basic tenets of our legal system: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 503. It must generally be accepted as such among reasonable people. As explained by the majority in *Malmo-Levine*, at para. 113:

Pour qu'un principe soit reconnu comme un principe de justice fondamentale, il doit faire partie des préceptes fondamentaux de notre système juridique (*Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, p. 503). Il doit généralement être considéré comme tel parmi des personnes raisonnables. Comme l'ont expliqué les juges majoritaires dans l'arrêt *Malmo-Levine*, par. 113 :

> The requirement of "general acceptance among reasonable people" enhances the legitimacy of judicial review of state action, and ensures that the values against which state action is measured are not just fundamental "in the eye of the beholder only": *Rodriguez*, at pp. 607 and 590 . . . . In short, for a rule or principle to constitute a principle of fundamental justice for the purposes of s. 7, it must be a legal principle about which there is significant societal consensus that it is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and it must be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of

> La condition requérant que les principes soient « généralement acceptés parmi des personnes raisonnables » accroît la légitimité du contrôle judiciaire d'une mesure de l'État et fait en sorte que les valeurs au regard desquelles la mesure de l'État est appréciée ne sont pas fondamentales « aux yeux de l'intéressé seulement » : *Rodriguez*, p. 607 et 590 [. . .] En résumé, pour qu'une règle ou un principe constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, il doit s'agir d'un principe juridique à l'égard duquel il existe un consensus substantiel dans la société sur le fait qu'il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et ce principe doit être défini avec suffisamment

the person. [First emphasis in *Rodriguez*; subsequent emphasis added.]

See also *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4, at para. 8.

Thus, the formal requirements for a principle of fundamental justice are threefold. First, it must be a legal principle. Second, the reasonable person must regard it as vital to our societal notion of justice, which implies a significant societal consensus. Third, it must be capable of being identified with precision and applied in a manner that yields predictable results. These requirements present insurmountable hurdles to the appellants. The aim of "health care of a reasonable standard within a reasonable time" is not a legal principle. There is no "societal consensus" about what it means or how to achieve it. It cannot be "identified with precision". As the testimony in this case showed, a level of care that is considered perfectly reasonable by some doctors is denounced by others. Finally, we think it will be very difficult for those designing and implementing a health plan to predict when its provisions cross the line from what is "reasonable" into the forbidden territory of what is "unreasonable", and how the one is to be distinguished from the other.

(1) The Experts Recognized That the Potential Market for Health Services Is Almost Limitless, and the Supply Must Therefore Be Rationed Whether by Governments in the Public Sector or Insurers or Other Health Care Providers in the Private Sector

Much of the argument pursued by the Chief Justice and Major J., as well as by Deschamps J. in her reasons relating to the *Quebec Charter*, revolves around the vexing issue of waiting lists, which have

de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. [Premier soulignement dans *Rodriguez*; soulignements ultérieurs ajoutés.]

Voir également l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, par. 8.

209 Ainsi, pour qu'un principe soit classé parmi les principes de justice fondamentale, trois conditions formelles doivent être remplies. Premièrement, il doit s'agir d'un principe juridique. Deuxièmement, la personne raisonnable doit le juger essentiel à la conception que notre société a de la justice, ce qui suppose l'existence d'un consensus substantiel dans la société. Troisièmement, il doit pouvoir être identifié avec précision et appliqué de manière à produire des résultats prévisibles. Ces conditions représentent des obstacles insurmontables pour les appelants. L'objectif d'« accès dans un délai raisonnable à des soins de santé [. . .] de qualité raisonnable » n'a pas de caractère juridique. Aucun « consensus dans la société » n'existe au sujet du sens de cet objectif ou de la façon de l'atteindre. Il ne peut pas non plus être « identifié avec précision ». Comme l'ont démontré les témoignages en l'espèce, certains médecins dénoncent comme inadéquats des soins jugés parfaitement raisonnables par d'autres collègues. Enfin, nous croyons que les concepteurs et les gestionnaires du régime de santé éprouveront d'énormes difficultés à prévoir dans quels cas ses dispositions franchiront la ligne qui sépare ce qui est « raisonnable » du terrain interdit du « déraisonnable », comme à distinguer ce qui est raisonnable de ce qui ne l'est pas.

(1) Les experts ont reconnu que le marché potentiel des services de santé est quasi illimité et que la prestation de ces services doit, par conséquent, être rationnée soit par les gouvernements dans le secteur public, soit par les assureurs ou les autres prestataires de soins de santé dans le secteur privé

210 Une bonne partie du raisonnement suivi par la Juge en chef et le juge Major, ainsi que par la juge Deschamps dans ses motifs concernant la *Charte québécoise*, est axée sur la question frustrante des

notoriously fuelled major public debates and controversies.

211 The case history of the appellant Zeliotis illustrates why rationing of health services is necessary and how it works. The trial judge, having heard all the evidence, concluded that the delays Mr. Zeliotis experienced in obtaining hip surgery were caused not by excessive waiting lists but by a number of other factors, including his pre-existing depression and his indecision and unfounded medical complaints (p. 793):

[TRANSLATION] The truth is that, in light of his personal medical impediments, the fact that he was already suffering from depression, his indecision and his complaints, which in many respects were unwarranted, it is hard to conclude that the delays that occurred resulted from lack of access to public health services, and in fact even Mr. Zeliotis's complaints about delays are questionable. It was he who initially wanted a second opinion, it was his surgeon who hesitated because of his problems, and so on. Thus, his complaint to the director of professional services at the Royal Victoria Hospital . . . was not corroborated. An out-of-court examination in connection with another case is puzzling, as Mr. Zeliotis said he was in very good health . . . .

Mr. Zeliotis sought a second opinion, which he was entitled to do, and this further delayed his surgery. More importantly, his physician believed that Mr. Zeliotis was not an "ideal candidate" for the surgery because he had suffered a heart attack and undergone bypass surgery earlier that year. Accordingly, neither the mere existence of waiting lists, nor the fact that certain individuals like Mr. Zeliotis feel unfairly dealt with, necessarily points to a constitutional problem with the public health system as a whole.

(a) *There Is No Consensus About What Constitutes "Reasonable" Waiting Times*

212 A review of the expert evidence and the medical literature suggests that there is no consensus

listes d'attente. Ces dernières se trouvent manifestement à l'origine de controverses et de débats publics majeurs.

Le dossier de l'appelant Zeliotis démontre la nécessité du rationnement des services de santé et explique son fonctionnement. Après avoir entendu toute la preuve, la juge de première instance a conclu que le délai d'attente de la chirurgie de la hanche de M. Zeliotis résultait non pas des listes d'attente trop longues, mais d'un certain nombre d'autres facteurs, dont son état dépressif préexistant, son indécision et ses plaintes non fondées au sujet des soins médicaux requis (p. 793) :

La vérité est que, compte tenu de ses empêchements médicaux personnels, du fait qu'il souffrait déjà de dépression, de ses indécisions et plaintes non fondées à bien des égards, on peut difficilement conclure que c'est le non-accès aux services publics de santé qui a été la cause des délais encourus et, en fait, on peut même s'interroger sur les reproches formulés quant aux délais par M. Zéliotis. C'est lui, au début, qui veut une seconde opinion, c'est son chirgurien qui hésite à cause de ses problèmes, etc. Ainsi, sa plainte au directeur des services professionnels de l'hôpital Royal Victoria [. . .] n'est pas corroborée. Un interrogatoire hors cour fait dans le cadre d'un autre litige laisse perplexe, M. Zéliotis disant avoir une très bonne santé . . .

Monsieur Zeliotis a demandé l'avis d'un autre médecin, comme il avait le droit de le faire. Cette demande a retardé davantage l'intervention chirurgicale qu'il devait subir. Qui plus est, son médecin ne le considérait pas comme un « candidat idéal » pour cette chirurgie parce qu'il avait déjà, au cours de la même année, subi un pontage coronarien à la suite d'une crise cardiaque. Par conséquent, le simple fait qu'il existe des listes d'attente ou que des personnes, comme M. Zeliotis, estiment avoir été traitées injustement n'établit pas nécessairement que le système de santé public pose, dans son ensemble, un problème constitutionnel.

a) *L'absence de consensus au sujet de ce qui constitue un délai d'attente « raisonnable »*

L'examen de la preuve d'expert et de la documentation médicale confirme l'absence de

regarding guidelines for timely medical treatment. Dr. Wright remarked:

> So the issue of defining what is a reasonable waiting list is a very difficult one because if you have a hundred (100) surgeons, you have a hundred (100) opinions, it's very difficult to come to a consensus on these questions. [A.R., at p. 1186]

There are currently no national standards for timely treatment: see C. Sanmartin et al., "Waiting for medical services in Canada: lots of heat, but little light" (2000), 162 *C.M.A.J.* 1305; S. Lewis et al., "Ending waiting-list mismanagement: principles and practice" (2000), 162 *C.M.A.J.* 1297; N. E. Mayo et al., "Waiting time for breast cancer surgery in Quebec" (2001), 164 *C.M.A.J.* 1133.

It is therefore convenient to look further into the expert evidence, not to dispute the existence of waiting list problems or to understate the level of public anxiety they create, but simply to illustrate the complexity of the situation and the dangers of oversimplification.

(b) *The Experts Accepted by the Trial Judge Relied on More Than Just "Common Sense"*

Our colleagues the Chief Justice and Major J. dismiss the experts accepted by the trial judge as relying on little more than "common sense" (para. 137). Although we agree that the experts offered "common sense", they offered a good deal more. The experts heard by the trial court included Mr. Claude Castonguay, who was Quebec's Minister of Health in 1970 (the [TRANSLATION] "father of Quebec health insurance") and who chaired the Commission of Inquiry on Health and Social Welfare, as well as a number of other public health experts, including Dr. Fernand Turcotte, a professor of medicine at Laval University, who holds degrees from the University of Montreal and Harvard and has been certified by the Royal College of Physicians and Surgeons of Canada as a specialist in community medicine; Dr. Howard Bergman, Chief of the Division of Geriatric

consensus au sujet des lignes directrices applicables à l'accès en temps opportun à un traitement médical. Comme l'a fait remarquer le D[r] Wright :

> [TRADUCTION] Il est donc très difficile de définir ce qu'est une liste d'attente raisonnable parce que cent (100) chirurgiens vous exprimeront autant d'opinions. Il est très difficile de parvenir à un consensus sur ces questions. [d.a., p. 1186]

À l'heure actuelle, aucune norme nationale d'accès en temps opportun à un traitement n'existe : voir C. Sanmartin et autres, « Waiting for medical services in Canada : lots of heat, but little light » (2000), 162 *J.A.M.C.* 1305; S. Lewis et autres, « Ending waiting-list mismanagements : principles and practice » (2000), 162 *J.A.M.C.* 1297; N. E. Mayo et autres, « Waiting time for breast cancer surgery in Quebec » (2001), 164 *J.A.M.C.* 1133.

213 Il convient donc d'examiner davantage la preuve d'expert non pas pour contester l'existence des problèmes de listes d'attente, ni pour minimiser le niveau d'angoisse qui en résulte au sein de la population, mais simplement pour illustrer la complexité de la situation et les risques de simplification excessive.

b) *Les experts reconnus par la juge de première instance ne se sont pas seulement fondés sur le « bon sens »*

214 Nos collègues la Juge en chef et le juge Major n'ajoutent pas foi aux témoignages des experts reconnus par la juge de première instance. À leur avis, ces témoignages ne reposeraient sur rien de plus que le « bon sens » (par. 137). Tout en reconnaissant que ces experts ont fait montre de « bon sens », nous considérons que leur témoignage et leurs explications offraient bien davantage. Le tribunal de première instance a entendu des témoignages d'expert, dont celui de M. Claude Castonguay, ministre de la Santé du Québec en 1970 (le « père de l'assurance maladie au Québec ») et président de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social, de même que ceux d'autres experts en santé publique, parmi lesquels : le D[r] Fernand Turcotte, professeur de médecine à l'Université Laval, diplômé de l'Université de Montréal et de

Medicine at Montreal's Jewish General Hospital, Director of the Division of Geriatric Medicine and a professor in the departments of Internal Medicine and Family Medicine at McGill University, a fellow of the American Geriatrics Society and an associate professor at the University of Montreal in the department of health administration; Dr. Charles J. Wright, a physician specialized in surgery, Director of the Centre for Clinical Epidemiology & Evaluation at the Vancouver Hospital & Health Sciences Centre, and a faculty member of the University of British Columbia and of the British Columbia Office of Health Technology Assessment; Professor Jean-Louis Denis, a community health doctor of the University of Montreal's [TRANSLATION] "health services organization"; Professor Theodore R. Marmor, a professor of public policy and management and of political science at Yale University, who holds a PhD from Harvard University in politics and history and is a graduate research fellow at Oxford; and Dr. J. Edwin Coffey, a graduate of McGill University in medicine who specializes in obstetrics and gynecology, a fellow of the Royal College of Physicians and Surgeons of Canada and of the American College of Obstetricians and Gynecologists, and a former associate professor in the McGill University Faculty of Medicine. The respondent's experts testified and were cross-examined. The trial judge found them to be credible and reliable. We owe deference to her findings in this respect.

Harvard et spécialiste certifié en médecine communautaire par le Collège royal des médecins et chirurgiens du Canada; le D[r] Howard Bergman, directeur du département de gériatrie à l'Hôpital général juif de Montréal, directeur de la division de gériatrie et professeur aux départements de médecine interne et de médecine familiale à l'Université McGill, *fellow* de l'American Geriatrics Society et professeur agrégé du département de l'administration de la santé de l'Université de Montréal; le D[r] Charles J. Wright, médecin spécialiste en chirurgie, directeur du Centre for Clinical Epidemiology & Evaluation du Vancouver Hospital & Health Sciences Centre, membre du corps professoral de l'Université de la Colombie-Britannique et du British Columbia Office of Health Technology Assessment; le professeur Jean-Louis Denis, docteur en santé communautaire, orientation « organisation des services de santé » de l'Université de Montréal; le professeur Theodore R. Marmor, professeur de politique et de gestion publiques ainsi que de sciences politiques à l'Université Yale, titulaire d'un doctorat de l'Université Harvard en politique et en histoire, titulaire d'une bourse de recherches d'études supérieures à Oxford; le D[r] J. Edwin Coffey, médecin diplômé de l'Université McGill, spécialiste en obstétrique et en gynécologie, *fellow* du Collège royal des médecins et chirurgiens du Canada et de l'American College of Obstetricians and Gynecologists, et ancien professeur agrégé de la faculté de médecine de l'Université McGill. Les experts des intimés ont témoigné et ont été contre-interrogés. La juge de première instance a qualifié leurs témoignages de crédibles et fiables. La déférence s'impose à l'égard de ses conclusions sur ce point.

215 The trial judge, having heard the evidence, concluded as follows:

> [TRANSLATION] . . . although some of these specialists indicated a desire to be free to obtain private insurance, none of them gave their full and absolute support to the applicants' proposals, as they explained that it was neither clear nor obvious that a reorganization of the health system with a parallel private system would solve all the existing problems of delays and access. On the contrary, the specialists who testified remained quite circumspect about this complex and difficult question. [Emphasis added; p. 796.]

Après avoir entendu la preuve, la juge de première instance a conclu

> . . . que, malgré que certains de ces spécialistes aient manifesté le désir d'avoir la possibilté de posséder une assurance privée, nul n'a appuyé de façon totale et entière les propositions des requérants expliquant que ce n'est ni certain ni évident qu'un réaménagement du système de santé avec un système privé parallèle réglerait tous les problèmes actuels de délais et d'accès. Au contraire, les spécialistes entendus sont demeurés très prudents sur la question, qui est complexe et difficile. [Nous soulignons; p. 796.]

The exception to the consensus was the appellants' expert, Dr. Coffey, who stated that in his opinion the development of a private insurance scheme would not affect the public health scheme. This is the argument accepted by our colleagues the Chief Justice and Major J. However on this point the trial judge observed, as on others, [TRANSLATION] "*that Dr. Coffey stood alone in both his expert evaluation and the conclusions he reached*" (p. 808 (emphasis in original)).

In addition, the Court was presented with a number of government reports and independent studies. They bear out the wisdom of the comment in *Un avenir pour le système public de santé* (1998) ("Denis Report"), at p. 20: [TRANSLATION] "It is important that we quickly distance ourselves from a position advocating simple solutions to complex problems."

(c) *The Lack of Accurate Data*

How serious is the waiting-list problem? No doubt it is serious; but *how* serious? The first major evidentiary difficulty for the appellants is the lack of accurate data. The major studies concluded that the real picture concerning waiting lists in Canada is subject to contradictory evidence and conflicting claims (Romanow Report, at p. 139, and the Kirby Report, vol. 4, at p. 41, and vol. 6, at pp. 109-10). This can also be seen from the evidence of the experts who testified at trial in the present case (see *Waiting Lists in Canada and the Potential Effects of Private Access to Health Care Services* (1998) ("Wright Report"), at p. 7; *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada* (1998) ("Turcotte Report")), and from the available literature (see *Waiting Lists and Waiting Times for Health Care in Canada: More Management!! More Money??* (1998) ("McDonald Report")). At trial, Dr. Wright also discounted the value of random opinion surveys:

La seule exception au consensus était le D[r] Coffey, l'expert des appelants, qui a affirmé qu'à son avis l'établissement d'un régime d'assurance privé n'aurait aucune incidence sur le régime de santé public. C'est l'argument que retiennent nos collègues la Juge en chef et le juge Major. Toutefois, la juge de première instance a fait remarquer, à ce sujet comme à d'autres égards, « *que le D[r] Coffey fait cavalier seul avec son expertise et les conclusions auxquelles il arrive* » (p. 808 (en italique dans l'original)).

216 De plus, notre Cour a été saisie d'un certain nombre de rapports gouvernementaux et d'études indépendantes. Ces documents confirment la sagesse de l'observation contenue dans le rapport intitulé *Un avenir pour le système public de santé* (1998) (« rapport Denis »), p. 20 : « Il importe de se distancer rapidement d'un discours qui avance des solutions simples à des problèmes complexes. »

c) *L'absence de données exactes*

217 Quelle est la gravité du problème des listes d'attente? Nul doute qu'il est grave, mais *à quel point*? Le premier problème de preuve majeur auquel se heurtent les appelants résulte de l'absence de données exactes. Les études les plus importantes ont conclu qu'il existe, au Canada, des éléments de preuve contradictoires et des arguments opposés quant à la situation réelle des listes d'attente (rapport Romanow, p. 154, et rapport Kirby, vol. 4, p. 43, et vol. 6, p. 121-122). Cette conclusion ressort également du témoignage des experts lors du procès en l'espèce (voir *Waiting Lists in Canada and the Potential Effects of Private Access to Health Care Services* (1998) (« rapport Wright »), p. 7; *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada* (1998) (« rapport Turcotte »)), ainsi que de la documentation disponible (voir *Listes d'attente et temps d'attente pour des soins de santé au Canada : Plus de gestion!! Plus d'argent??* (1998) (« rapport McDonald »)). Au procès, le D[r] Wright a également accordé peu de valeur aux sondages d'opinion :

The information is based on no formal structured data collection of any kind and has no credibility whatever with any health service researcher or epidemiologist.

(Wright Report, at p. 8)

218 In a commentary for the *Canadian Medical Association Journal*, S. Lewis et al. observed:

The waiting-list "nonsystem" in Canada is a classic case of forced decision-making in the absence of good management information. There is a surfeit of nonstandardized data and a dearth of usable, policy-oriented information about waiting lists. The most serious consequence is that information and management defects are almost always prematurely diagnosed as financial shortages. [p. 1299]

219 Professor Marmor also subscribed to the view that waiting lists cannot serve as a "simple indicator" of a failing health care system (*Expert Witness Report* (1998) ("Marmor Report"), at p. 11) in part because studies of waiting lists have demonstrated that up to one third of patients on lists no longer need to be on them because the procedure has already been performed elsewhere; the patient has already been admitted on an emergency basis; the patient no longer wishes the procedure to be performed; the procedure is no longer medically necessary; the patient has already been called in to have the procedure but refused for personal reasons or due to inconvenient timing; or the patient is on multiple waiting lists at different hospitals thereby inflating numbers (Wright Report, at pp. 7-8).

(d) *The Impact of Waiting Times on Individual Patients*

220 It is even more difficult to generalize about the potential impact of a waiting list on a particular patient. The most comprehensive overview of the literature on waiting lists available to the trial judge was the McDonald Report, at p. 14. It presents a review of studies of patients' experiences

[TRADUCTION] Aucun protocole n'a régi la collecte des données, qui n'ont aucune crédibilité aux yeux des chercheurs ou des épidémiologistes des services de santé.

(rapport Wright, p. 8)

Dans un commentaire paru dans le *Journal de l'Association médicale canadienne*, S. Lewis et autres ont fait remarquer ceci (p. 1299) :

[TRADUCTION] Le « non-système » des listes d'attente au Canada est un exemple classique de prise de décision forcée en l'absence d'une bonne information de gestion. Il existe, au sujet des listes d'attente, une surabondance de données non normalisées et une pénurie de renseignements utilisables et axés sur une politique générale. La conséquence la plus grave est que les lacunes en matière d'information et de gestion sont presque toujours décrites prématurément comme des déficits.

Le professeur Marmor partageait également l'opinion selon laquelle les listes d'attente ne sauraient être perçues comme un [TRADUCTION] « simple indice » de détérioration du système de santé (*Expert Witness Report* (1998) (« rapport Marmor »), p. 11), et ce, en partie pour le motif que des études portant sur les listes d'attente démontrent que jusqu'à un tiers des patients inscrits sur ces listes n'ont plus besoin d'y figurer pour des raisons diverses. Ils peuvent avoir déjà subi l'intervention ailleurs ou avoir déjà été admis d'urgence. Il arrive aussi qu'ils ne souhaitent plus subir l'intervention, que cette dernière ne soit plus médicalement requise, qu'ayant déjà été convoqués pour subir l'intervention ils l'ont cependant refusée pour des raisons personnelles ou parce que la date fixée ne leur convenait pas, ou enfin qu'ils se trouvent inscrits sur les listes d'attente de plus d'un hôpital. Tous ces facteurs gonflent les chiffres (rapport Wright, p. 7-8).

d) *L'effet des listes d'attente sur les patients considérés individuellement*

On généraliserait encore plus difficilement quant à l'effet possible d'une liste d'attente sur un patient ou une patiente en particulier. Le survol le plus complet de la documentation sur les listes d'attente dont disposait la juge de première instance se trouve dans le rapport McDonald, p. 14. On y

while awaiting surgery. That review prompted the authors to conclude, among other things, that patients awaiting care for a range of procedures — including knee and hip replacement, cardiac care and cataract care — may experience "emotional strains such as increased levels of anxiety due to a range of factors including lack of information and uncertainty regarding the timeline for care" (p. 267 (emphasis added)) or the "normal" anxiety or apprehension felt by anyone faced with a serious surgical procedure. In other words, waiting lists may be serious in some cases, but in how many cases and how serious?

(e) *The Need to Ration Services*

Waiting times are not only found in public systems. They are found in all health care systems, be they single-tier private, single-tier public, or the various forms of two-tier public/private (see, e.g., Kirby Report, vol. 1, at p. 111). Waiting times in Canada are not exceptional (see Kirby Report, vol. 4, at p. 41). The consequence of a quasi-unlimited demand for health care coupled with limited resources, be they public or private, is to ration services. As noted by the Arpin Report, *Constats et recommandations sur les pistes à explorer: Synthèse*, at p. 37:

[TRANSLATION] In any health care system, be it public or private, there is an ongoing effort to strike the proper balance. . . . For a public system like our own, waiting lists, insofar as priority is given to urgent cases, do not *in themselves* represent a flaw in the system. They are the inevitable result of a public system that can consequently offer universal access to health services within the limits of sustainable public spending. Thus, to a certain extent, they play a necessary role. [Emphasis in original.]

The expert witnesses at trial agreed that waiting lists are inevitable (*Expertise déposée par Howard Bergman* (1998) ("Bergman Report"), at

passe en revue des études relatives aux expériences vécues par des patients en attente d'une intervention chirurgicale. Cet examen a amené les auteurs à conclure, entre autres, que les patients en attente notamment d'une chirurgie cardiaque ou d'une intervention destinée à remplacer l'articulation d'un genou ou d'une hanche ou à enlever des cataractes, peuvent éprouver [TRADUCTION] « des problèmes psychologiques, tel un sentiment d'angoisse accru, attribuable à une gamme de facteurs dont le manque d'information et l'incertitude concernant le délai d'attente » (p. 267 (nous soulignons)), ou encore l'angoisse ou la crainte « normales » que ressent toute personne appelée à subir une intervention chirurgicale majeure. En d'autres termes, les listes d'attente peuvent parfois constituer un problème grave, mais dans combien de cas et jusqu'à quel point?

e) *La nécessité de rationner les services*

221 Les délais d'attente ne représentent pas un phénomène particulier aux systèmes publics. Ils existent dans tous les systèmes de santé uniques privés ou publics, ou dans les différentes formes de système à deux vitesses (voir, p. ex., le rapport Kirby, vol. 1, p. 120). Les délais d'attente au Canada ne sont pas exceptionnels (voir le rapport Kirby, vol. 4, p. 43). La demande quasi illimitée de soins de santé, combinée à des ressources limitées, peu importe qu'elles appartiennent au secteur public ou privé, entraîne un rationnement des services. Comme le soulignait le rapport Arpin, intitulé *Constats et recommandations sur les pistes à explorer : Synthèse*, p. 37 :

Qu'il soit public ou privé, un système de santé est toujours à la recherche de son équilibre. [. . .] Pour un système public comme le nôtre, les files d'attente, dans la mesure où les cas urgents sont traités en priorité, ne sont pas *en soi* un vice du système. Elles sont le corollaire d'un système public qui peut ainsi offrir l'accès universel aux services de santé dans les limites de dépenses publiques supportables. Elles jouent donc, jusqu'à un certain point, un rôle nécessaire. [En italique dans l'original.]

222 Lors du procès, les témoins experts s'entendaient pour reconnaître l'inévitabilité des listes d'attente (*Expertise déposée par Howard*

p. 5; Marmor Report, at p. 11). The only alternative is to have a substantially overbuilt health care system with idle capacity (Wright Report, at p. 6). This is not a financially feasible option, in the public *or* private sector.

(f) *Who Should Be Allowed to Jump the Queue?*

223 In a public system founded on the values of equity, solidarity and collective responsibility, rationing occurs on the basis of clinical need rather than wealth and social status (see, e.g., Turcotte Report, at pp. 4 and 10; Denis Report, at p. 11; Clair Report, at p. 129; *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux* (1988) ("Rochon Report"), at p. 651). As a result, there exists in Canada a phenomenon of "static queues" whereby a group of persons may remain on a waiting list for a considerable time if their situation is not pressing. Patients who are in greater need of health care are prioritized and treated before those with a lesser need (Kirby Report, vol. 5, at pp. 56-57; see also Turcotte Report, at p. 12). In general, the evidence suggests that patients who need immediate medical care receive it. There are of course exceptions, and these exceptions are properly the focus of controversy, but in our view they can and should be addressed on a case-by-case basis.

(g) *Availability of Public Funding for Out-of-Province Medical Care*

224 Section 10 of the *Health Insurance Act* provides that in certain circumstances Quebeckers will be reimbursed for the cost of "insured services" rendered outside Quebec but in Canada (*Regulation respecting the application of the Health Insurance Act*, R.R.Q. 1981, c. A-29, s. 23.1), or outside Canada altogether (s. 23.2). There is no doubt that the power of reimbursement is exercised sparingly, and on occasion unlawfully; see for example *Stein v. Tribunal administratif du Québec*, [1999] R.J.Q. 2416 (S.C.). One of the difficulties in

Bergman (1998) (« rapport Bergman »), p. 5; rapport Marmor, p. 11). L'unique solution consisterait à créer un système de santé surdimensionné, doté de ressources et d'installations non utilisées (rapport Wright, p. 6). Cette option demeure financièrement irréalisable dans le secteur public *ou* privé.

f) *Qui devrait passer en tête de liste?*

Dans un système public fondé sur des valeurs d'équité, de solidarité et de responsabilité collective, le rationnement s'établit à partir du besoin clinique plutôt que de la capacité de payer et du statut social (voir, par exemple, le rapport Turcotte, p. 4 et 10, le rapport Denis, p. 11, le rapport Clair, p. 135, et le *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux* (1988) (« rapport Rochon »), p. 651). En conséquence, le Canada fait face à un phénomène de « files d'attente statiques », qui peut laisser longtemps sur une liste d'attente des personnes dont la situation n'est pas urgente. Les patients dont les besoins de soins de santé sont plus importants obtiennent la priorité et sont traités avant ceux dont les besoins sont moindres (rapport Kirby, vol. 5, p. 59-61; voir également le rapport Turcotte, p. 12). En général, la preuve indique que les patients reçoivent effectivement les soins immédiatement nécessaires. Des exceptions surviennent et provoquent, à juste titre, la controverse, mais ces cas peuvent et doivent être examinés de façon ponctuelle.

g) *Financement public des soins médicaux obtenus en dehors de la province*

L'article 10 de la *Loi sur l'assurance maladie* permet aux Québécois d'obtenir, dans certains cas, le remboursement du coût des « services assurés » obtenus en dehors du Québec, mais au Canada (*Règlement d'application de la Loi sur l'assurance-maladie*, R.R.Q. 1981, ch. A-29, art. 23.1), ou même en dehors du Canada (art. 23.2). Nous ne doutons pas que le pouvoir de rembourser soit exercé parcimonieusement et, parfois, illégalement; voir, p. ex., *Stein c. Tribunal administratif du Québec*, [1999] R.J.Q. 2416

assessing the effectiveness of this individual remedy is that neither Dr. Chaoulli nor Mr. Zeliotis is before the Court with an actual medical problem. (The trial judge, as stated, dismissed Mr. Zeliotis' personal health complaints as unsubstantiated.) The reimbursement scheme for out-of-province services exists as a form of safety valve for situations in which Quebec facilities are unable to respond. As *Stein* shows, there are lapses of judgment, as there will be in the administration of any government plan. The existence of the individual remedy, however, introduces an important element of flexibility, if administered properly.

(h) *The Evidence Relied on by the Chief Justice and Major J. Did Not Satisfy the Trial Judge and Is Not, in Our View, Persuasive*

The Chief Justice and Major J. cite Dr. Lenczner as an authority at para. 114 but the trial judge pointed out that Dr. Lenczner had not been qualified as an expert witness and counsel for Mr. Zeliotis agreed (A.R., at pp. 330-31). Dr. Lenczner's comments were largely anecdotal and of little general application. He described a patient who was a golfer, and thus lost his access to his golf membership for that season. He also stated that a tear can increase over time and get to the point of being irreparable, but no studies or general evidence was adduced to show the incidence of such cases in Quebec. Our colleagues comment at para. 112 that "a person with coronary disease is [TRANSLATION] 'sitting on a bomb' and can die at any moment". This is true, of course. He or she can die at home, or in an ambulance on the way to a hospital. Again, our colleagues write, "patients die while on waiting lists" (para. 112). This, too, is true. But our colleagues are not advocating an overbuilt system with enough idle capacity to eliminate waiting lists, and such generalized comments provide no guidance for what in practical terms *would* constitute an appropriate

(C.S.). L'absence de problème médical personnel dans les cas du D^r^ Chaoulli et de M. Zeliotis, au moment où ils se présentent devant notre Cour, représente l'un des éléments qui compliquent l'évaluation de l'efficacité de ce remède individuel. (Comme nous l'avons vu, la juge de première instance a rejeté les plaintes de M. Zeliotis concernant son état de santé personnel pour le motif qu'elles n'étaient pas fondées.) Le régime de remboursement du coût des services obtenus en dehors de la province fait office de soupape dans les cas où le réseau québécois ne réussit pas à offrir les services escomptés. Comme le démontre l'affaire *Stein*, des erreurs de jugement surviennent et continueront de se glisser dans l'administration de tout régime établi par le gouvernement. Cependant, ce type de remède individuel apporte un élément de souplesse important lorsqu'on l'emploie correctement.

h) *La preuve sur laquelle se fondent la Juge en chef et le juge Major n'a pas convaincu la juge de première instance et n'est pas, selon nous, convaincante*

225 Au paragraphe 114, la Juge en chef et le juge Major présentent le D^r^ Lenczner comme un expert, mais la juge de première instance a souligné qu'il n'avait pas été reconnu comme témoin expert, ce avec quoi l'avocat de M. Zeliotis s'est déclaré d'accord (d.a., p. 330-331). Les observations du D^r^ Lenczner se composaient en majeure partie d'anecdotes à peu près dépourvues de portée générale. Il a ainsi commenté le cas d'un patient amateur de golf, qui avait dû abandonner la pratique de ce sport pendant une saison à cause de son état de santé. Il a ajouté qu'une déchirure peut, avec le temps, s'aggraver au point de devenir irrémédiable, mais il n'a produit aucune étude ou preuve générale démontrant l'incidence de tels cas au Québec. Au paragraphe 112, nos collègues font observer qu'« une personne souffrant d'une maladie coronarienne est "assis[e] sur une bombe" et peut mourir à tout moment ». Cela est certes vrai. Elle peut mourir à la maison ou pendant son transport en ambulance vers l'hôpital. Nos collègues ajoutent que « des patients meurent alors qu'ils sont inscrits sur une liste d'attente » (par. 112). Cela est également vrai. Toutefois, nos

level of resources to meet their suggested standard of "public health care of a reasonable standard within a reasonable time" (para. 105).

226 We have similar concerns about the use made by the appellants of various reports in connection with other OECD countries. These "country" reports were included in an Interim Kirby Report but not in its final version. The Final Kirby Report's recommendation was to stick with a single-tier system. We think the Court is sufficiently burdened with conflicting evidence about our own health system without attempting a detailed investigation of the merits of trade-offs made in other countries, for their own purposes. A glance at the evidence shows why.

227 Our colleagues the Chief Justice and Major J. state, at para. 142, that in Sweden only a very small minority of the population actually utilize private insurance. Yet, the Interim Kirby Report goes on to take note of more recent trends:

The growing rate of the number of insured, or people on private health care insurance, is some 80% or something like that now. It is growing very fast due to the normal waiting lists and the problems within the system today. [Emphasis in original.]

(Interim Kirby Report, vol. 3, at pp. 31-32)

228 With respect to the United Kingdom, the Interim Kirby Report states:

One of the major reasons given by people who take private insurance is they want the peace of mind of being able to have elective operations for themselves or their families more quickly or at more convenient times than if they must depend on the National Health Service. That is seen, of course, as a cause of unfairness, which is one of the reasons that the government is committed to

collègues ne préconisent pas l'établissement d'un système surdimensionné qui comporterait assez de ressources et d'installations non utilisées pour éliminer les listes d'attente. Des observations aussi générales n'expliquent pas non plus ce qu'en pratique *devrait* être un niveau de ressources suffisant pour satisfaire à la norme d'« accès dans un délai raisonnable à des soins de santé publics de qualité raisonnable » qu'ils proposent (par. 105).

Nous exprimons des réserves semblables au sujet de l'utilisation, par les appelants, de divers rapports concernant d'autres pays membres de l'OCDE. Ces rapports relatifs à d'autres pays sont cités dans le rapport Kirby intérimaire, mais non dans la version finale de ce rapport. Le rapport Kirby final recommande le maintien d'un système unique. À notre avis, la Cour a été saisie d'assez d'éléments de preuve contradictoires au sujet de notre propre système de santé pour qu'elle ne s'estime pas tenue de tenter d'étudier en détail le bien-fondé des compromis que d'autres pays ont consentis dans le but de répondre à leurs propres besoins. Un examen rapide de la preuve montre pourquoi.

Nos collègues la Juge en chef et le juge Major affirment, au par. 142, qu'en réalité seule une infime partie de la population suédoise recourt à l'assurance privée. Pourtant, le rapport Kirby intérimaire (vol. 3, p. 30) note ensuite des tendances plus récentes :

Le taux de croissance du nombre de ces assurés privés est de l'ordre de 80% environ, et ce taux augmente très rapidement en raison précisément du problème des listes d'attente et des autres problèmes propres au système public. [En italique dans l'original.]

Le rapport Kirby intérimaire apporte des précisions au sujet du Royaume-Uni (vol. 3, p. 36) :

L'un des principaux motifs avancés par les personnes qui souscrivent une assurance privée, c'est qu'elles veulent avoir la certitude qu'elles-mêmes et les membres de leur famille pourront obtenir une opération chirurgicale non urgente plus rapidement ou à un moment plus opportun que si elles doivent s'en remettre au [National Health Service]. Bien sûr, on y voit un problème d'équité, et

bringing down waiting times for National Health Service patients as rapidly as it can. [Emphasis in original.]

(Interim Kirby Report, vol. 3, at p. 38)

In fact, in the actual conclusion of vol. 3 of the Interim Kirby Report on *Health Care Systems in Other Countries*, the report's authors state (at p. 73):

Canadians may find some consolation in the fact that Canada is not alone in confronting complex health care issues. Everywhere in the industrialized world health care policy is thoroughly intertwined with the political, social, and even cultural life of each country. As such, every health care system is unique. Therefore, no single international model constitutes a blueprint for solving the challenges confronted by the Canadian health care system. However, experts told the Committee that careful consideration must be given to the repercussions in Canada of introducing, on a piecemeal basis, changes undertaken in other countries.

We are not to be taken as disputing the undoubted fact that there are serious problems with the single-tier health plan in Canada. Our point is simply that bits of evidence must be put in context. With respect, it is particularly dangerous to venture selectively into aspects of foreign health care systems with which we, as Canadians, have little familiarity. At the very least such information should be filtered and analysed at trial through an expert witness.

Taking the good with the bad, the Final Kirby Report recommended continuation of a single-tier health system (as did the Romanow Report). The authors of the Kirby Report were fully aware of the extracts from their interim report relied upon by our colleagues the Chief Justice and Major J., yet they specifically rejected two-tier health care:

Repeated public opinion polling data have shown that having to wait months for diagnostic or hospital treatment is the greatest concern and complaint that Canadians have about the health care system. The solution to this problem is not, as some have suggested, to allow wealthy Canadians to pay for services in a private health care

c'est l'une des raisons qui font que le gouvernement s'est engagé à réduire les délais d'attente pour les patients du [National Health Service] le plus rapidement possible. [En italique dans l'original.]

En fait, dans la conclusion du troisième volume du rapport Kirby intérimaire, intitulé *Les systèmes de soins de santé dans d'autres pays*, les auteurs affirment ceci (p. 71) :

Les Canadiens peuvent se consoler dans le fait que leur pays n'est pas seul à connaître des problèmes de soins de santé complexes. Partout dans le monde industrialisé, la politique sanitaire est intimement mêlée à la vie politique, sociale et même culturelle du pays. À ce titre, chaque système de soins de santé est unique. Par conséquent, aucun modèle étranger ne constitue une panacée pour les problèmes qui affligent le système canadien. Cependant, les experts nous ont dit qu'il fallait craindre les répercussions au Canada de l'introduction à la pièce des changements opérés dans d'autres pays.

229 Il ne faudrait pas croire que nous mettons en doute la réalité incontestable des graves difficultés qu'éprouve le système de santé unique du Canada. Nous voulons simplement faire remarquer qu'il importe de situer des fragments de preuve dans leur contexte. En toute déférence, il est particulièrement risqué de s'aventurer de manière sélective dans l'étude de certains aspects de systèmes de santé étrangers que nous connaissons peu, comme Canadiens. Il faudrait à tout le moins qu'un témoin expert analyse et filtre ce type de données au cours du procès.

230 Après avoir pesé le pour et le contre, le rapport Kirby final a recommandé le maintien d'un système de santé unique (comme l'a fait le rapport Romanow). Les auteurs du rapport Kirby connaissaient nécessairement le contenu des extraits de leur rapport intérimaire sur lesquels se sont fondés nos collègues la Juge en chef et le juge Major. Malgré tout, ils ont expressément rejeté le modèle du système de santé à deux vitesses :

Les données des sondages d'opinion ont à maintes reprises démontré que le fait de devoir attendre des mois pour obtenir un diagnostic ou un traitement médical est le plus grand sujet de préoccupation et de plainte, de la part des Canadiens, au sujet du système de soins de santé. Malgré ce qu'en disent certains,

institution. Such a solution would violate the principle of equity of access. The solution is the care guarantee as recommended in this report. [Emphasis added.]

(Final Kirby Report, vol. 6, at p. 321)

We thus conclude that our colleagues' extracts of some of the *tour d'horizon* data published in the Interim Kirby Report do not displace the conclusion of the trial judge, let alone the conclusion of the Kirby Report itself. Apart from everything else, it leaves out of consideration the commitment in principle in this country to health care based on need, not wealth or status, as set out in the *Canada Health Act*.

(2) Arbitrariness

231 Our colleagues the Chief Justice and Major J. take the view that a law which arbitrarily violates life or security of the person is unconstitutional. We agree that this is a principle of fundamental justice. We do not agree that it applies to the facts of this case.

232 A deprivation of a right will be arbitrary and will thus infringe s. 7 if it bears no relation to, or is inconsistent with, the state interest that lies behind the legislation: *Rodriguez*, at pp. 619-20; *Malmo-Levine*, at para. 135. As Sopinka J. explained in *Rodriguez*, at pp. 594-95:

> Where the deprivation of the right in question does little or nothing to enhance the state's interest (whatever it may be), it seems to me that a breach of fundamental justice will be made out, as the individual's rights will have been deprived for no valid purpose. . . . It follows that before one can determine that a statutory provision is contrary to fundamental justice, the relationship between the provision and the state interest must be considered. One cannot conclude that a particular limit is arbitrary because (in the words of my colleague, McLachlin J.

permettre aux Canadiens nantis de payer pour obtenir des services dans un établissement de soins de santé privé n'est pas une solution. En effet, une mesure de ce genre violerait le principe d'égalité d'accès. La solution consiste donc plutôt à adopter la garantie de soins que le Comité recommande dans le présent rapport. [Nous soulignons.]

(rapport Kirby final, vol. 6, p. 347)

Nous concluons donc que les données que nos collègues ont extraites du tour d'horizon figurant dans le rapport Kirby intérimaire n'écartent pas la conclusion de la juge de première instance et encore moins celle du rapport Kirby lui-même. Indépendamment de toute autre considération, l'emploi de ces extraits écarte complètement du cadre de l'analyse l'engagement de principe de notre pays à offrir un système de santé fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social, comme le prévoit la *Loi canadienne sur la santé*.

(2) Le caractère arbitraire

Nos collègues la Juge en chef et le juge Major estiment inconstitutionnelle une règle de droit qui compromet arbitrairement la vie ou la sécurité de la personne. Nous reconnaissons qu'il s'agit là d'un principe de justice fondamentale, mais nous ne sommes pas d'accord pour admettre que ce principe s'applique aux faits de la présente affaire.

L'atteinte à un droit devient arbitraire et contrevient ainsi à l'art. 7, lorsqu'elle est dépourvue de lien avec l'intérêt de l'État qui sous-tend la mesure législative en cause, ou dans le cas d'incompatibilité avec cet intérêt : *Rodriguez*, p. 619-620; *Malmo-Levine*, par. 135. Comme l'a expliqué le juge Sopinka dans l'arrêt *Rodriguez*, p. 594-595 :

> Lorsque la restriction du droit en cause ne fait que peu ou rien pour promouvoir l'intérêt de l'État (quel qu'il puisse être), il me semble qu'une violation de la justice fondamentale sera établie puisque la restriction du droit du particulier n'aura servi aucune fin valable. [. . .] Il s'ensuit que, avant de conclure qu'une disposition législative est contraire à la justice fondamentale, il faut examiner le lien qui existe entre la disposition et l'intérêt de l'État. On ne peut conclure qu'une restriction donnée est arbitraire parce qu'elle (selon les termes de ma collègue

at pp. 619-20) "it bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind the legislation" without considering the state interest and the societal concerns which it reflects. [Emphasis added.]

We agree with our colleagues the Chief Justice and Major J. that a law is arbitrary if "it bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind [the legislation]" (para. 130). We do not agree with the Chief Justice and Major J. that the prohibition against private health insurance "bears no relation to, or is inconsistent with" the preservation of access to a health system based on need rather than wealth in accordance with the *Canada Health Act*. We also do not agree with our colleagues' expansion of the *Morgentaler* principle to invalidate a prohibition simply because a court believes it to be "unnecessary" for the government's purpose. There must be more than that to sustain a valid objection.

The accepted definition in *Rodriguez* states that a law is arbitrary only where "it bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind the legislation". To substitute the term "unnecessary" for "inconsistent" is to substantively alter the meaning of the term "arbitrary". "Inconsistent" means that the law logically contradicts its objectives, whereas "unnecessary" simply means that the objective could be met by other means. It is quite apparent that the latter is a much broader term that involves a policy choice. If a court were to declare unconstitutional every law impacting "security of the person" that the court considers unnecessary, there would be much greater scope for intervention under s. 7 than has previously been considered by this Court to be acceptable. (In *Rodriguez* itself, for example, could the criminalization of assisted suicide simply have been dismissed as "unnecessary"? As with health care, many jurisdictions have treated euthanasia differently than does our *Criminal Code*.) The courts might find themselves constantly second-guessing the validity of governments' public policy objectives based on subjective views of the *necessity* of particular means used to advance

le juge McLachlin aux pp. 619 et 620) « n'a aucun lien ou est incompatible avec l'objectif visé par la loi », sans considérer l'intérêt de l'État et les préoccupations de la société auxquelles elle répond. [Nous soulignons.]

233 Nous partageons l'avis de nos collègues la Juge en chef et le juge Major, selon lequel une règle de droit est arbitraire si elle « n'a aucun lien ou est incompatible avec [son] objectif » (par. 130). Nous ne nous entendons pas avec eux pour conclure que l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée « n'a aucun lien ou est incompatible avec » le maintien de l'accès à un système de santé fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer, conformément à la *Loi canadienne sur la santé*. Nous n'acceptons pas non plus la façon dont nos collègues élargissent la portée du principe de l'arrêt *Morgentaler* de manière à invalider une interdiction uniquement parce qu'un tribunal ne la croit « pas nécessair[e] » pour assurer la réalisation de l'objectif du gouvernement. La reconnaissance de la validité d'une objection exige plus.

234 Selon la définition acceptée dans l'arrêt *Rodriguez*, une règle de droit n'est arbitraire que si elle « n'a aucun lien ou est incompatible avec [son] objectif ». La substitution des mots « pas nécessaire » à l'adjectif « incompatible » revient à modifier considérablement le sens de l'adjectif « arbitraire ». L'adjectif « incompatible » signifie qu'en toute logique la règle de droit contredit ses propres objectifs, tandis que les mots « pas nécessaire » signifient simplement que l'objectif peut être réalisé par d'autres moyens. De toute évidence, ces derniers mots possèdent un sens plus large qui implique un choix de politique générale. S'il fallait qu'un tribunal déclare inconstitutionnelle chaque règle de droit ayant, sur la « sécurité de la personne », un effet qu'il ne juge pas nécessaire, cette approche multiplierait les cas d'intervention en vertu de l'art. 7 bien au-delà des limites que notre Cour a déjà jugé acceptables. (Par exemple, dans l'arrêt *Rodriguez* lui-même, aurait-il été possible de rejeter la criminalisation de l'aide au suicide simplement parce qu'elle n'était « pas nécessaire »? Comme ils l'ont fait pour les soins de santé, de nombreux ressorts ont traité l'euthanasie d'une manière différente de notre *Code criminel*.) Les tribunaux pourraient se trouver

legitimate government action as opposed to other means which critics might prefer.

constamment amenés à examiner, a posteriori, la validité des objectifs de politique générale du gouvernement, au regard de perceptions subjectives de la *nécessité* des moyens particuliers utilisés pour promouvoir une mesure gouvernementale légitime comparativement à d'autres moyens que des critiques pourraient préférer.

235 Rejecting the findings in the courts below based on their own reading of the evidence, our colleagues the Chief Justice and Major J. state (at para. 128):

> We are of the opinion that the evidence before the trial judge supports a finding that the impugned provisions are arbitrary and that the deprivation of life and security of the person that flows from them cannot therefore be said to accord with the principles of fundamental justice.

Rejetant les conclusions des tribunaux d'instance inférieure qui reposaient sur leur propre interprétation de la preuve, nos collègues la Juge en chef et le juge Major affirment (par. 128) :

> Nous sommes d'avis que la preuve qui a été soumise à la juge de première instance étaye la conclusion que les dispositions contestées sont arbitraires et que l'atteinte à la vie et à la sécurité de la personne qui en résulte ne peut donc pas être qualifiée de conforme aux principes de justice fondamentale.

We note that our colleagues refer to the evidence before the trial judge rather than the view taken of that evidence by the trial judge. The trial judge reached a contrary conclusion on the facts, and deference is due to her view of that evidence; see *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. In any event, with respect, we accept the contrary conclusions of the trial judge and the Quebec Court of Appeal. We approach the issue of arbitrariness in three steps:

Nous remarquons que nos collègues mentionnent la preuve soumise à la juge de première instance plutôt que la perception qu'elle en avait. La juge de première instance a tiré des faits une conclusion contraire. Il importe alors de faire montre de déférence à l'égard de sa perception de la preuve : voir l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33. De toute façon, nous acceptons, avec beaucoup de respect pour l'avis opposé, ces conclusions contraires que partagent la juge de première instance et la Cour d'appel du Québec. Nous examinerons alors la question du caractère arbitraire en trois étapes :

(i) What is the "state interest" sought to be protected?

(ii) What is the relationship between the "state interest" thus identified and the prohibition against private health insurance?

(iii) Have the appellants established that the prohibition bears no relation to, or is inconsistent with, the state interest?

(i) Quel « intérêt de l'État » doit être protégé?

(ii) Quel lien existe-t-il entre l'« intérêt de l'État » ainsi identifié et l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée?

(iii) Les appelants ont-ils prouvé que l'interdiction ne possède aucun lien avec l'intérêt de l'État ou est incompatible avec celui-ci?

We will address each question in turn.

Nous étudierons successivement ces questions.

(a) *What Is the "State Interest" Sought To Be Protected?*

a) *Quel « intérêt de l'État » doit être protégé?*

236 Quebec's legislative objective is to provide high quality health care, at a reasonable cost, for as many

L'objectif législatif du Québec est de veiller à ce que le plus grand nombre possible de gens aient

people as possible in a manner that is consistent with principles of efficiency, equity and fiscal responsibility. Quebec (along with the other provinces and territories) subscribes to the policy objectives of the *Canada Health Act*, which include (i) the equal provision of medical services to all residents, regardless of status, wealth or personal insurability, and (ii) fiscal responsibility. An overbuilt health system is seen as no more in the larger public interest than a system that on occasion falls short. The legislative task is to strike a balance among competing interests.

accès à des soins de santé de grande qualité à un coût raisonnable, et ce, d'une manière conforme aux principes d'efficacité, d'équité et de responsabilité financière. Le Québec (à l'instar des territoires et des autres provinces) adhère aux grands objectifs de la *Loi canadienne sur la santé*, dont (i) l'égalité d'accès aux services médicaux pour tous les résidents, indépendamment de leur statut social, de leur capacité de payer ou de leur assurabilité personnelle, et (ii) la responsabilité financière. On considère qu'un système de santé surdimensionné n'est pas plus dans l'intérêt public général qu'un système qui se trouve parfois dans l'incapacité d'offrir les services escomptés. Il appartient au législateur d'établir un équilibre entre les intérêts opposés.

The appellants do not challenge the constitutional validity of the objectives set out in the *Canada Health Act*. Thus our job as judges is not to agree or disagree with these objectives but simply to determine whether the *means* adopted by Quebec to *implement* these objectives are arbitrary. 237

Les appelants ne contestent pas la constitutionnalité des objectifs énoncés dans la *Loi canadienne sur la santé*. Il nous appartient donc, en tant que juges, non pas d'exprimer notre accord ou notre désaccord avec ces objectifs, mais simplement de déterminer si le Québec a choisi des *moyens* arbitraires pour les *réaliser*.

(b) *What Is the Relationship Between the "State Interest" Thus Identified and the Prohibition Against Private Health Insurance?*

b) *Quel lien existe-t-il entre l'« intérêt de l'État » ainsi identifié et l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée?*

The relationship lies both in principle and in practicality. 238

Le lien doit exister à la fois en principe et en pratique.

In principle, Quebec wants a health system where access is governed by need rather than wealth or status. Quebec does not want people who are uninsurable to be left behind. To accomplish this objective endorsed by the *Canada Health Act*, Quebec seeks to discourage the growth of private-sector delivery of "insured" services based on wealth and insurability. We believe the prohibition is rationally connected to Quebec's objective and is not inconsistent with it. 239

En principe, le Québec veut que l'accès au système de santé soit fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social. Le Québec entend éviter de laisser de côté les personnes non assurables. Pour réaliser cet objectif sanctionné par la *Loi canadienne sur la santé*, le Québec tente d'empêcher la croissance de la prestation, par le secteur privé, de services « assurés » qui serait fondée sur la capacité de payer et l'assurabilité. Nous croyons que l'interdiction a un lien rationnel avec l'objectif du Québec et qu'elle n'est pas incompatible avec cet objectif.

In practical terms, Quebec bases the prohibition on the view that private insurance, and a consequent major expansion of private health services, would have a harmful effect on the public system. 240

En pratique, le Québec fonde l'interdiction sur l'opinion selon laquelle la présence de l'assurance privée et la multiplication importante des services de santé privés qu'elle provoquerait auraient un effet préjudiciable sur le système public.

241 The trial judge put her conclusion this way (at p. 827):

[TRANSLATION] The *Health Insurance Act* ["HEIA"] and the *Hospital Insurance Act* ["HOIA"] are pieces of legislation whose *purpose is to create and maintain a public health care plan open to all residents of Quebec.* These enactments *are intended to promote the overall health of all Quebeckers without discrimination based on economic circumstances.* In short, they constitute a government action whose *purpose is to promote the well-being of all the people of the province.*

Plainly, s. 15 HEIA and s. 11 HOIA erect economic barriers to access to private health care. However, these measures are not really intended to limit access to health care; rather, their *purpose is to prevent the establishment of a parallel private system.* These provisions are based on the fear that the establishment of a private health care system would rob the public sector of a significant portion of the available health care resources. *The Quebec government enacted s. 15 HEIA and s. 11 HOIA to guarantee that virtually all the existing health care resources in Quebec would be available to all the people of Quebec. That is clear.*

The purpose of the impugned provisions *is to guarantee equal and adequate access* to health care *for all Quebeckers.* The enactment of s. 15 HEIA and s. 11 HOIA *was motivated by considerations of equality and human dignity, and it is therefore clear that there is no conflict with the general values expressed in the Canadian Charter or in the Quebec Charter of human rights and freedoms.* [Emphasis in original.]

We agree.

(c) *Have the Appellants Established That the Prohibition Bears No Relation to, or Is Inconsistent With, the State Interest?*

242 The trial judge considered all the evidence and concluded that the expansion of private health care would undoubtedly have a negative impact on the public health system (at p. 827):

[TRANSLATION] The evidence has shown that the right of access to a parallel private health care system claimed by the applicants *would have repercussions on the rights of the population as a whole. We cannot bury*

La juge de première instance a conclu en ces termes (p. 827) :

La *Loi sur l'assurance-maladie* [« L.A.M. »] et la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* [« L.A.H. »] sont des législations qui ont pour *objet la création et l'entretien d'un régime public de santé ouvert à tous les résidants du Québec.* Ce sont des textes législatifs *qui visent à encourager la santé globale de tous les Québécois sans discrimination sur la base de la situation économique de ceux-ci.* Bref, il s'agit d'une intervention gouvernementale *visant à promouvoir le bien-être de sa population en entier.*

Manifestement, les articles 15 L.A.M. et 11 L.A.H. élèvent des barrières économiques contre l'accès aux soins privés. Toutefois, il ne s'agit pas réellement de mesures visant à limiter l'accès aux soins, ce sont plutôt des *mesures destinées à empêcher l'établissement d'un système de soins parallèles privés.* À la base de ces dispositions réside la crainte que l'établissement d'un système de soins privé aurait pour effet de subtiliser une partie substantielle des ressources en matière de santé au détriment du secteur public. *Le gouvernement québécois a adopté les articles 15 L.A.M. et 11 L.A.H. pour garantir que la quasi-totalité des ressources en santé existant au Québec soient à la disposition de l'ensemble de la population québécoise. Ceci est clair.*

Les dispositions attaquées *visent à garantir un accès* aux soins de santé *qui est égal et adéquat pour tous les Québécois.* L'adoption des articles 15 L.A.M. et 11 L.A.H. *a été motivée par des considérations d'égalité et de dignité humaine et, de ce fait, il est clair qu'il n'y a pas de conflit avec les valeurs générales véhiculées par la charte canadienne ou* [. . .] *la charte québécoise des droits et libertés.* [En italique dans l'original.]

Nous sommes du même avis.

c) *Les appelants ont-ils prouvé que l'interdiction ne possède aucun lien avec l'intérêt de l'État ou est incompatible avec celui-ci?*

Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, la juge de première instance a conclu que l'accroissement des soins de santé privés aurait indubitablement un effet négatif sur le système de santé public (p. 827) :

La preuve a montré que le droit d'avoir recours à un système parallèle privé de soins, invoqué par les requérants, *aurait des répercussions sur les droits de l'ensemble de la population. Il ne faut pas jouer à l'autruche.*

our heads in the sand. The effect of establishing a parallel private health care system would be to threaten the integrity, proper functioning and viability of the public system. Section 15 HEIA and s. 11 HOIA prevent this from happening and secure the existence in Quebec of a public health care system of high quality.

As well, the Court finds that s. 15 HEIA and s. 11 HOIA *are not overbroad.* The only way to guarantee that all the health care resources will benefit all Quebeckers without discrimination is to prevent the establishment of a parallel private health care system. That is in fact the effect of the impugned provisions in the case at bar. [Emphasis in original.]

These findings were explicitly adopted by Forget J.A. of the Court of Appeal and implicitly endorsed by the other judges of that court. The trial judge relied on the reports available to her in rejecting the appellants' constitutional challenge, and none of the material that has since been added (such as the Romanow Report) changes or modifies the correctness of her conclusion, in our view. We therefore agree with the trial judge and the Quebec Court of Appeal that the appellants failed to make out a case of "arbitrariness" on the evidence. Indeed the evidence proves the contrary. We now propose to review briefly some of the evidence supporting the findings of the trial judge.

(i) A Parallel Private Regime Will Have a Negative Impact on Waiting Times in the Public System

The appellants' argument in favour of a parallel private regime is one of a "win/win" prediction; i.e., that waiting times in the public regime will be reduced if those who can afford private insurance leave the public waiting lists in order to receive private health care. However, the Kirby Report states flatly that "allowing a private parallel system will . . . make the public waiting lines worse" (vol. 4, at p. 42 (emphasis added)). This conclusion is supported by the Romanow Report (p. 139: "[P]rivate facilities may improve waiting times for the select few . . . but . . . worse[n them for the many]"), the Turcotte Report (pp. 13-14), and the expert

L'établissement d'un système de santé parallèle privé aurait pour effet de menacer l'intégrité, le bon fonctionnement ainsi que la viabilité du système public. Les articles 15 L.A.M. et 11 L.A.H. empêchent cette éventualité et garantissent l'existence d'un système de santé public de qualité au Québec.

De plus, le Tribunal estime que les articles 15 L.A.M. et 11 L.A.H. *n'ont pas une portée excessive.* La seule façon de garantir que toutes les ressources en matière de santé bénéficieront à tous les Québécois, et ce, sans discrimination, est d'empêcher l'établissement d'un système de soins privés parallèles. Voilà précisément ce que font les dispositions attaquées en l'espèce. [En italique dans l'original.]

Ces conclusions ont été adoptées expressément par le juge Forget de la Cour d'appel et implicitement par les autres juges de cette cour. La juge de première instance s'est appuyée sur les rapports dont elle disposait pour rejeter la contestation des appelants fondée sur la Constitution. Nous estimons qu'aucun des documents ajoutés depuis lors au dossier (tel le rapport Romanow) n'affecte la justesse de sa conclusion. Nous partageons donc l'opinion de la juge de première instance et de la Cour d'appel du Québec, selon laquelle la preuve déposée par les appelants n'établit pas l'existence de « caractère arbitraire » de la mesure législative. En fait, elle établit le contraire. Nous comptons maintenant examiner brièvement certains éléments de preuve qui étayent les conclusions de la juge de première instance.

(i) Un régime privé parallèle aura un effet négatif sur les délais d'attente du système public

243 L'argument des appelants en faveur d'un régime privé parallèle repose sur la prédiction que tous les intéressés gagneront à son établissement, en ce sens que les délais d'attente du système public se réduiront d'eux-mêmes si les personnes capables de souscrire une assurance privée quittent les listes d'attente du système public pour obtenir des soins de santé privés. Cependant, le rapport Kirby indique purement et simplement que « le fait d'autoriser un système privé parallèle [. . .] entraîner[a] une détérioration de la situation dans le secteur public » (vol. 4, p. 44 (nous soulignons)). Cette conclusion est appuyée par le rapport Romanow (p. 154 : « [L]es

witnesses at trial (Marmor Report; Wright Report; and Bergman Report).

244 A study of a Manitoba pilot project found that in the case of cataract operations, public health patients who went to surgeons working in both private and public clinics waited far longer than patients who went to surgeons working only in the public system. The same private sector patient preference is evident from other studies and experience: See Wright Report, at p. 17; Bergman Report, at p. 8; J. Hurley et al., *Parallel Private Health Insurance in Australia: A Cautionary Tale and Lessons for Canada* (2002); C. DeCoster, L. MacWilliam and R. Walld, *Waiting Times for Surgery: 1997/98 and 1998/99 Update* (2000); W. Armstrong, *The Consumer Experience with Cataract Surgery and Private Clinics in Alberta: Canada's Canary in the Mine Shaft* (2000); Canadian Health Services Research Foundation, *Mythbusters — Myth: A parallel private system would reduce waiting times in the public system* (2001); Québec, Rapport du Conseil de la santé et du bien-être social, *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers* (2003), at p. 30.

245 The Australian experience, as reported by Dr. Wright, is that at present delays in the Australian public system are caused largely by surgeons' reluctance to work in public hospitals and by their encouragement of patients to use the private system on a preferential basis (Wright Report, at p. 15; Hurley, at p. 17).

246 The same is true for the United Kingdom, which has a two-tier health system where physicians who want to practise privately are required to practise a minimum number of hours in the public system. There, an Audit Commission of the National Health Service reported that surgeons do on average a third to half again as many operations for private fees as they do in the public system, and that they spend

installations de soins de santé privées peuvent contribuer à réduire les temps d'attente pour la petite minorité [. . .] mais [. . .] aggraver la situation pour la [grande majorité] »), le rapport Turcotte (p. 13-14), et les experts ayant témoigné au procès (rapports Marmor, Wright et Bergman).

Une étude d'un projet pilote manitobain a révélé, au sujet des chirurgies de la cataracte, que les patients du système de santé public qui ont retenu les services de chirurgiens travaillant à la fois dans des cliniques privées et publiques ont attendu beaucoup plus longtemps que ceux qui se sont adressés à des chirurgiens du système public uniquement. D'autres études et situations notent le même comportement des patients à l'égard du secteur privé (voir le rapport Wright, p. 17; le rapport Bergman, p. 8; J. Hurley et autres, *Parallel Private Health Insurance in Australia : A Cautionary Tale and Lessons for Canada* (2002); C. DeCoster, L. MacWilliam et R. Walld, *Waiting Times for Surgery : 1997/98 and 1998/99 Update* (2000); W. Armstrong, *The Consumer Experience with Cataract Surgery and Private Clinics in Alberta : Canada's Canary in the Mine Shaft* (2000); Fondation canadienne de recherche sur les services de santé, *À bas les mythes — Mythe : Un système privé parallèle réduirait les temps d'attente dans le système public* (2001); Québec, Rapport du Conseil de la santé et du bien-être, *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers* (2003), p. 30.

Comme le rapporte le D^r^ Wright, à l'heure actuelle en Australie, les délais du système public s'expliquent en grande partie par la réticence des chirurgiens à travailler dans les hôpitaux publics et par le fait qu'ils incitent les patients à accorder la préférence au système privé (rapport Wright, p. 15; Hurley, p. 17).

La même situation s'observe au Royaume-Uni, où un système de santé à deux vitesses oblige les médecins désireux d'exercer dans le secteur privé à consacrer un minimum d'heures de pratique au système public. Dans ce pays, une commission de contrôle du National Health Service a rapporté que les chirurgiens effectuent en moyenne de 33 à 50 pour 100 plus d'interventions chirurgicales en

less time than they are contracted for working in the public system in order to conduct private practice (Wright Report, at p. 16; see also *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, at p. 30).

Both the Romanow Report and the Kirby Report examine the current shortage of health care professionals in Canada (Kirby Report, vol. 2, at p. 76, and vol. 4, at pp. 7 and 107; Romanow Report, at p. 92), and in rural parts of Canada in particular (Kirby Report, vol. 2, at p. 137; Romanow Report, at p. 166). Dr. Wright testified that the experience in all jurisdictions with two-tier health care systems (e.g., the United Kingdom, Australia, New Zealand and Israel) demonstrates a diversion of energy and commitment by physicians and surgeons from the public system to the more lucrative private option (Wright Report, at pp. 15 and 22). This evidence is supported by the Romanow Report (at p. 92), the Kirby Report (vol. 1, at p. 105) and a 2003 Quebec report (*Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, at p. 6). See also Marmor Report (at p. 5) and Denis Report (at p. 14). Furthermore, the experts testified that there are no firm data whatsoever showing that a parallel private system would enhance potential for recruiting highly trained specialists (see Wright Report, at p. 19).

(ii) The Impact of a Parallel Private Regime on Government Support for a Public System

The experience in other OECD countries shows that an increase in private funding typically leads to a decrease in government funding (*Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, at p. 7; Marmor Report, at p. 6). At trial, Dr. Bergman explained that a service designed purely for members of society with less socio-economic power would probably lead to a decline in quality of services, a loss of political support and a decline in the quality of management (Bergman Report, at pp. 6-7; see also Marmor Report, at pp. 6 and 8; Denis Report, at p. 5).

pratique privée que dans le système public, et que, pour pouvoir se livrer à la pratique privée, les chirurgiens consacrent au système public moins que le temps convenu (rapport Wright, p. 16; voir également *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, p. 30).

247 Les rapports Romanow et Kirby examinent tous les deux la pénurie actuelle de professionnels de la santé au Canada (rapport Kirby, vol. 2, p. 80, et vol. 4, p. 7 et 115; rapport Romanow, p. 101), et dans les régions rurales du Canada en particulier (rapport Kirby, vol. 2, p. 143; rapport Romanow, p. 183). Le D[r] Wright a témoigné que, dans tous les pays dotés d'un système de santé à deux vitesses (p. ex., le Royaume-Uni, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et Israël), l'on constate que les médecins et chirurgiens délaissent le système public pour le marché plus lucratif du secteur privé (rapport Wright, p. 15 et 22). Le rapport Romanow (p. 101), le rapport Kirby (vol. 1, p. 114), et un rapport québécois datant de 2003 (*Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, p. 6) confirment ces faits. Voir également le rapport Marmor (p. 5) et le rapport Denis (p. 14). De plus, les experts ont affirmé, dans leurs témoignages, que rien n'indique à coup sûr qu'un système privé parallèle améliorerait les chances de recruter des spécialistes chevronnés (voir le rapport Wright, p. 19).

(ii) L'effet d'un régime privé parallèle sur la participation de l'État au financement du système public

248 L'examen de l'expérience vécue dans d'autres pays de l'OCDE confirme par ailleurs qu'une augmentation du financement privé entraîne habituellement une réduction du financement par l'État (*Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, p. 7; rapport Marmor, p. 6). Au procès, le D[r] Bergman a expliqué qu'un service destiné strictement aux membres de la société moins favorisés sur le plan socioéconomique entraînerait probablement une détérioration de la qualité des services, une perte d'appui politique et une baisse de la qualité de la gestion du secteur public (rapport Bergman, p. 6-7; voir également : rapport Marmor, p. 6 et 8; rapport Denis, p. 5).

(iii) Private Insurers May "Skim the Cream" and Leave the Difficult and Costly Care to the Public Sector

249 The evidence suggests that parallel private insurers prefer to siphon off high income patients while shying away from patient populations that constitute a higher financial risk, a phenomenon known as "cream skimming" (Wright Report, at p. 17; Kirby Report, vol. 6, at p. 301). The public system would therefore carry a disproportionate burden of patients who are considered "bad risks" by the private market by reason of age, socio-economic conditions, or geographic location.

250 Similarly, private insurers may choose to avoid "high-risk" surgery. The public system is likely to wind up carrying the more complex high acuity end of the health care spectrum and, as a consequence, increase rather than reduce demand (proportionately) in the public system for certain services (Wright Report, at p. 18).

(iv) The U.S. Two-Tier System of Health Coverage

251 Reference has already been made to the U.S. health care system, which is the most expensive in the world, even though by some measures Americans are less healthy than Canadians (Kirby Report, vol. 1, at p. 101, and vol. 4, at p. 28; Romanow Report, at p. 14). The existence of a private system has not eliminated waiting times. The availability, extent and timeliness of health care is rationed by private insurers, who may determine according to cost, not need, what is "medically" necessary health care and where and when it is to occur (Kirby Report, vol. 3, at p. 48; Denis Report, at pp. 12 and 16). Whether or not the private system in the U.S. is better managed is a matter of debate amongst policy analysts. The point here is simply that the appellants' faith in the curative power of private insurance is not borne out by the evidence put before the Court.

(iii) Les assureurs privés peuvent se livrer à un « écrémage » et laisser au secteur public les soins complexes et coûteux

La preuve indique que les assureurs d'un système privé parallèle préfèrent recruter les patients à revenu élevé, tout en évitant les cas qui présentent un plus grand risque financier, phénomène connu sous le nom d'[TRADUCTION] « écrémage » (rapport Wright, p. 17; rapport Kirby, vol. 6, p. 326). En conséquence, le système public assumerait une part disproportionnée de patients qui, selon les normes du secteur privé, présentent des « risques aggravés » en raison de leur âge, de leur situation socioéconomique ou de leur lieu géographique de résidence.

De même, les assureurs privés peuvent choisir d'éviter les chirurgies « à risque élevé ». Le système public sera vraisemblablement forcé d'assumer la charge des soins de santé intensifs plus complexes. Ce phénomène augmentera (de manière proportionnelle) la demande de certains services dans le système public, au lieu de la réduire (rapport Wright, p. 18).

(iv) Le système de santé à deux vitesses américain

Nous avons déjà mentionné le système de santé américain qui est le plus onéreux du monde, ce qui n'empêche pas, dans une certaine mesure, les Américains d'être en moins bonne santé que les Canadiens (rapport Kirby, vol. 1, p. 110, et vol. 4, p. 30; rapport Romanow, p. 14). L'existence d'un système privé n'a pas permis d'éliminer les délais d'attente. Les assureurs privés limitent la disponibilité et l'étendue des soins de santé ainsi que l'accès en temps opportun à ces soins, et peuvent déterminer, en fonction du coût et non du besoin, les soins qui sont « médicalement » nécessaires de même que l'endroit et le moment où ces soins peuvent être dispensés (rapport Kirby, vol. 3, p. 46-47; rapport Denis, p. 12 et 16). La question de savoir si la gestion du système privé américain est meilleure reste un sujet controversé parmi les analystes de politiques publiques. En l'espèce, il suffit de souligner que la preuve soumise à la Cour ne justifie pas la confiance que les appelants manifestent à l'égard du pouvoir réparateur de l'assurance privée.

(v) Moreover the Government's Interest in Fiscal Responsibility and Efficiency May Best Be Served by a Single-Tier System

The expert witnesses at trial (other than the appellants' witness Dr. Coffey), the Romanow Report and the Kirby Report all agree that the most cost-effective method of providing health care is through public single-tier financing. Dr. Wright testified at trial that the "public administration criterion [of the *Canada Health Act*] renders the Canadian Health Care System one of the most efficient in terms of the ratio of productivity to administrative costs in the world" (Wright Report, at p. 2; see also Marmor Report, at p. 9; Denis Report, at p. 8; Kirby Report, vol. 3, at p. 67, and vol. 4, at p. 23; Romanow Report, at p. 43; *The World Health Report 1999: Making a Difference* (1999); Report of the National Advisory Council on Aging, *The NACA Position on the Privatization of Health Care* (1997), at p. 14).

In particular, much is saved in a single-tier public system as a result of lower administrative costs and advertising expenses, the absence of overhead and the fact that the risk is spread over the entire population (see Romanow Report, at pp. 60ff; Kirby Report, vol. 4, at p. 31).

Not only is there "no evidence [that the] adoption [of a private health care system] would produce a more efficient, affordable or effective system" (Romanow Report, at p. xxiv), there is also no clear evidence that private surgical services are more efficient or less costly (Wright Report, at p. 14; Romanow Report, at p. 8; *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, at pp. 23 and 33).

With respect to the impact on the financial resources of the public system, the experts testified that the introduction of a parallel private health regime would likely increase the overall cost of health care to Canadians (Marmor Report, at pp. 8 and 10; Bergman Report, at p. 7; Turcotte Report, at p. 11;

(v) En outre, un système unique peut mieux servir l'intérêt de l'État dans la responsabilité financière et l'efficacité

252 Les experts (autres que le témoin des appelants, le Dr Coffey) qui ont témoigné au procès de même que les auteurs des rapports Romanow et Kirby s'accordent tous pour affirmer que le système public unique représente la méthode la plus efficace du point de vue économique pour fournir des soins de santé. Le Dr Wright a déclaré, au procès, que le [TRADUCTION] « critère de gestion publique [de la *Loi canadienne sur la santé*] fait du système de soins de santé canadien l'un des plus efficaces au monde quant au ratio productivité-coûts administratifs » (rapport Wright, p. 2; voir également : rapport Marmor, p. 9; rapport Denis, p. 8; rapport Kirby, vol. 3, p. 65, et vol. 4, p. 25; rapport Romanow, p. 44; *Rapport sur la santé dans le monde 1999 : Pour un réel changement* (1999); Rapport du Conseil consultatif national sur le troisième âge, *La position du CCNTA sur la privatisation des soins de santé* (1997), p. 16).

253 Un système public unique permet notamment de réaliser des économies importantes en raison de la réduction des coûts administratifs et des dépenses de publicité, de l'absence de frais généraux et de la répartition du risque sur l'ensemble de la population (voir rapport Romanow, p. 64 et suiv.; rapport Kirby, vol. 4, p. 33).

254 Non seulement « rien n'indique que [l']adoption [d'un système de soins de santé privé] contribuerait à rendre le système plus efficient, moins coûteux ou plus efficace » (rapport Romanow, p. xxvi), mais encore rien ne prouve clairement que les services de chirurgie privés sont plus efficients ou moins coûteux (rapport Wright, p. 14; rapport Romanow, p. 9; *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, p. 23 et 33).

255 À propos de l'incidence sur les ressources financières du système public, les experts ont témoigné que l'établissement d'un régime de santé privé parallèle augmenterait vraisemblablement le coût global des soins de santé des Canadiens (rapport Marmor, p. 8 et 10; rapport Bergman, p. 7; rapport Turcotte,

see also *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, at p. 24).

(vi) Conclusion on "Arbitrariness"

256 For all these reasons, we agree with the conclusion of the trial judge and the Quebec Court of Appeal that in light of the legislative objectives of the *Canada Health Act* it is not "arbitrary" for Quebec to discourage the growth of private sector health care. Prohibition of private health insurance is directly related to Quebec's interest in promoting a need-based system and in ensuring its viability and efficiency. Prohibition of private insurance is not "inconsistent" with the state interest; still less is it "unrelated" to it.

257 In short, it cannot be said that the prohibition against private health insurance "bears no relation to, or is inconsistent with" preservation of a health system predominantly based on need rather than wealth or status, as required by the *Rodriguez* test, at pp. 594-95.

258 As to our colleagues' dismissal of the factual basis for Quebec's legislative choice, the public has invested very large sums of money in a series of authoritative reports to analyse health care in this country and in other countries. The reports uniformly recommend the retention of single-tier medicine. People are free to challenge (as do the appellants) the government's reliance on those reports but such reliance cannot be dismissed as "arbitrary". People are also free to dispute Quebec's strategy, but in our view it cannot be said that a single-tier health system, and the prohibition on private health insurance designed to protect it, is a legislative choice that has been adopted "arbitrarily" by the Quebec National Assembly as that term has been understood to date in the *Canadian Charter* jurisprudence.

p. 11; voir également *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, p. 24).

(vi) Conclusion sur le « caractère arbitraire »

Pour toutes ces raisons, nous souscrivons à la conclusion de la juge de première instance et de la Cour d'appel du Québec voulant que, compte tenu des objectifs de la *Loi canadienne sur la santé*, il ne soit pas « arbitraire » pour le Québec d'empêcher la croissance d'un secteur de soins de santé privé. L'interdiction de souscrire une assurance maladie privée conserve un lien direct avec l'intérêt du Québec à promouvoir un système fondé sur le besoin et à en assurer la viabilité et l'efficacité. L'interdiction de souscrire une assurance privée n'est pas « incompatible » avec l'intérêt de l'État. On peut encore moins lui reprocher de n'avoir « aucun lien » avec cet intérêt.

Bref, on ne saurait prétendre que l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée « n'a aucun lien ou est incompatible avec » le maintien d'un système de santé fondé principalement sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social, comme l'exige le critère établi dans l'arrêt *Rodriguez*, p. 595.

En ce qui concerne le rejet par nos collègues du fondement factuel du choix législatif du Québec, on se rappellera que la population a consacré des sommes très considérables à la préparation d'une série de rapports fiables sur l'état du système de santé du Canada et d'autres pays. Ces rapports recommandent tous le maintien d'un régime de médecine unique. Chacun demeure libre (comme les appelants) de critiquer l'utilisation de ces rapports par le gouvernement, mais le recours à ces documents ne peut pas être écarté comme étant « arbitraire ». Tous sont également libres de contester la stratégie du Québec, mais, à notre avis, on ne saurait affirmer qu'un système de santé unique, assorti d'une interdiction de souscrire une assurance maladie privée destinée à le protéger, constitue un choix législatif que l'Assemblée nationale du Québec a arrêté « arbitrairement » au sens que la jurisprudence relative à la *Charte canadienne* a donné à ce terme jusqu'à maintenant.

(3) The *Morgentaler* Case Is Not Applicable

Our colleagues the Chief Justice and Major J. rely substantially on comments made by Beetz J. (concurred in by Estey J.) in *Morgentaler* when he invoked a principle of "manifest unfairness". Nowhere in his analysis pertaining to the principles of fundamental justice did Beetz J. use the words "arbitrary" or "arbitrariness". Moreover the context for his remarks was the prospect of a criminal prosecution of a pregnant woman. Section 251(2) of the *Criminal Code* stated that a pregnant woman who used "any means or permit[ted] any means to be used" for the purpose of procuring her own miscarriage was guilty of an indictable offence punishable with imprisonment for two years. Parliament provided a defence if the continued pregnancy would or would be likely to, in the opinion of a therapeutic abortion committee, "endanger her life or health" (s. 251(4)(*c*)). The Court struck down the criminal prohibition because the prohibition was designed to operate only with the statutory defence, and the Court found that in practice these committees operated unevenly and that the statutory scheme "contain[ed] so many potential barriers to its own operation that the defence it create[d would] in many circumstances be practically unavailable to women who would *prima facie* qualify . . . ." (pp. 72-73, *per* Dickson C.J.). For Beetz J., too, a key issue was that a significant proportion of Canada's population is not served by hospitals in which therapeutic abortions could lawfully be performed (pp. 94-95).

At page 81, Beetz J. went on to say that "s. 7 of the *Charter* must include a right of access to medical treatment for a condition representing a danger to life or health without fear of criminal sanction" (emphasis added). The context of this appeal is entirely different. This case, on the contrary, invites the application of the *dictum* of Dickson C.J. in *Morgentaler* "that the courts should avoid

(3) L'arrêt *Morgentaler* ne s'applique pas

259 Nos collègues la Juge en chef et le juge Major se fondent dans une large mesure sur les commentaires formulés par le juge Beetz (avec l'appui du juge Estey) dans l'arrêt *Morgentaler*, où il a évoqué un principe d'« injustice manifeste ». Nulle part dans son analyse concernant les principes de justice fondamentale le juge Beetz n'a-t-il utilisé les mots « arbitraire » ou « caractère arbitraire ». De plus, ses observations se situaient dans le contexte du cas d'une femme enceinte exposée à des poursuites criminelles. Aux termes du par. 251(2) du *Code criminel*, une femme enceinte qui employait « ou permet[tait] que soit employé quelque moyen » pour obtenir son propre avortement était coupable d'un acte criminel punissable d'un emprisonnement de deux ans. Le législateur prévoyait un moyen de défense opposable seulement si un comité de l'avortement thérapeutique estimait que la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement « en danger la vie ou la santé » de cette personne (al. 251(4)*c*)). Notre Cour a invalidé l'interdiction criminelle pour le motif qu'elle était destinée à s'appliquer uniquement avec le moyen de défense prévu par le *Code*, alors qu'en pratique, selon les conclusions de notre Cour, ces comités fonctionnaient de manière inégale et que le régime législatif « comport[ait] tellement de barrières potentielles à son propre fonctionnement que la défense qu'[il] institu[ait] [était], dans de nombreuses circonstances, hors de portée en pratique des femmes qui, au départ, auraient pu s'en prévaloir . . . » (p. 72-73, le juge en chef Dickson). Pour le juge Beetz également, un facteur essentiel était que, pour une partie importante de la population canadienne, il n'existait pas d'hôpitaux où des avortements thérapeutiques pouvaient être pratiqués licitement (p. 94-95).

260 À la page 81, le juge Beetz a ajouté que « l'art. 7 de la *Charte* [. . .] doit inclure le droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale » (nous soulignons). Le contexte diffère complètement en l'espèce. La présente affaire favorise, au contraire, l'application de la remarque incidente du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler*, selon laquelle

'adjudication of the merits of public policy'" (p. 53).

261 There were two aspects of s. 251 which caused Beetz J. particular concern. Firstly, s. 251 required that abortions be performed in an "eligible hospital", and not in clinics like those operated by Dr. Morgentaler (p. 114). This limitation, he found, had no logical connection with the state's avowed interest "in the protection of the foetus" (p. 115), i.e., the termination of the foetus would be the same wherever the abortion was performed. Secondly, Beetz J. objected to "the requirement that the committee come from the accredited or approved hospital in which the abortion is to be performed" (p. 119). He said:

> It is difficult to see a connection between this requirement and any of the practical purposes for which s. 251(4) was enacted. It cannot be said to have been adopted in order to promote the safety of therapeutic abortions or the safety of the pregnant woman. Nor is the rule designed to preserve the state interest in the foetus. [p. 119]

262 There is, we think, a world of difference between the sort of statutory analysis conducted by Beetz J. in *Morgentaler* and the re-weighing of expert evidence engaged in by our colleagues the Chief Justice and Major J. in this case. Having established that the s. 251 requirements had nothing to do with the avowed state interest in the protection of the foetus, all that remained in *Morgentaler* was to show that these requirements were inconsistent with the competing state interest in preserving the life and health of the mother. We see no parallel between the analysis of Beetz J. in *Morgentaler* and what is asked of the Court by the appellants in this case.

263 On the contrary, given its goal of providing necessary medical services to all Quebec residents based on need, Quebec's determination to protect the equity, viability and efficiency of the public health care system is rational. The chosen means are designed to further the state interest and not (as in *Morgentaler*) to contradict it.

« les tribunaux devraient éviter "de se prononcer sur le bien-fondé de politiques générales" » (p. 53).

Le juge Beetz s'est montré particulièrement préoccupé par deux aspects de l'art. 251. D'abord, cet article exigeait que les avortements soient pratiqués dans un « hôpital admissible » et non dans des cliniques comme celles du Dr Morgentaler (p. 114). Cette restriction, a-t-il conclu, n'avait aucun lien logique avec l'intérêt avoué de l'État « dans la protection du fœtus » (p. 115), en ce sens que le développement du fœtus serait de toute façon interrompu quel que soit l'endroit où l'avortement était pratiqué. Ensuite, le juge Beetz contestait « l'obligation que le comité provienne de l'hôpital accrédité ou approuvé où l'avortement doit être pratiqué » (p. 119). Il a écrit à ce propos (p. 119) :

> Il est difficile de voir un lien entre cette exigence et l'une ou l'autre des raisons pratiques pour lesquelles le par. 251(4) a été adopté. On ne peut pas dire qu'elle a été adoptée pour promouvoir la sécurité des avortements thérapeutiques ni celle de la femme enceinte. La règle n'est pas non plus conçue pour préserver l'intérêt qu'a l'État dans le fœtus.

Selon nous, il existe une différence énorme entre le type d'analyse légale que le juge Beetz a effectuée dans l'arrêt *Morgentaler* et la réévaluation de la preuve d'expert à laquelle procèdent nos collègues la Juge en chef et le juge Major en l'espèce. Après avoir établi que les exigences de l'art. 251 n'avaient aucun lien avec l'intérêt avoué de l'État dans la protection du fœtus, il restait seulement, dans l'affaire *Morgentaler*, à démontrer que ces exigences étaient incompatibles avec l'intérêt opposé qu'a l'État à préserver la vie et la santé de la mère. Selon nous, l'analyse du juge Beetz dans l'arrêt *Morgentaler* ne comporte rien de comparable avec le type d'intervention que les appelants demandent à notre Cour de faire en l'espèce.

Au contraire, compte tenu de l'objectif de garantie à tous les résidents québécois d'un accès à des services médicaux fondé sur le besoin, l'intention bien arrêtée du Québec d'assurer l'équité, la viabilité et l'efficacité du système de santé public s'avère tout à fait logique. Les moyens choisis visent à promouvoir l'intérêt de l'État et non (comme dans l'affaire *Morgentaler*) à le contredire.

The safety valve (however imperfectly administered) of allowing Quebec residents to obtain essential health care outside the province when they are unable to receive the care in question at home in a timely way is of importance. If, as the appellants claim, this safety valve is opened too sparingly, the courts are available to supervise enforcement of the rights of those patients who are directly affected by the decision on a case-by-case basis. Judicial intervention at this level on a case-by-case basis is preferable to acceptance of the appellants' global challenge to the entire single-tier health plan. It is important to emphasize that rejection of the appellants' global challenge to Quebec's health plan would not foreclose individual patients from seeking individual relief tailored to their individual circumstances.

(4) Conclusion Under Section 7 of the *Canadian Charter*

For the foregoing reasons, even accepting (as we do) the trial judge's conclusion that the claimants have established a deprivation of the life and security of some Quebec residents occasioned in some circumstances by waiting list delays, the deprivation would not violate any legal principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Canadian Charter*. On that point, too, we share the opinion of the trial judge and the Quebec Court of Appeal, as previously mentioned.

D. *The Appellants' Challenge Under the Quebec Charter*

The *Quebec Charter* is a major quasi-constitutional instrument. Our colleague Deschamps J. finds a violation of s. 1, which provides:

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

Section 1 of the *Quebec Charter* must be read with s. 9.1:

264 La soupape (si imparfaite soit-elle) de l'autorisation donnée à des résidents québécois d'aller se procurer en dehors de la province les soins de santé essentiels qu'ils sont incapables d'obtenir en temps opportun chez eux est importante. Si, comme le prétendent les appelants, cette soupape est utilisée trop parcimonieusement, les tribunaux demeurent là pour veiller, de manière ponctuelle, au respect des droits des patients touchés par cette décision. L'intervention judiciaire ponctuelle à cette étape est préférable à la reconnaissance du bien-fondé de la contestation globale, par les appelants, de tout le régime de santé unique. Il importe de souligner que le rejet de la contestation globale du régime de santé québécois par les appelants n'empêcherait pas d'ailleurs des patients de solliciter individuellement une réparation adaptée à leur situation.

(4) Conclusion relative à l'art. 7 de la *Charte canadienne*

265 Pour les motifs qui précèdent, même en acceptant (comme nous le faisons) la conclusion de la juge de première instance selon laquelle les demandeurs ont établi que les délais d'attente portent atteinte à la vie et à la sécurité de certains résidents québécois dans certaines circonstances, cette atteinte ne violerait aucun principe juridique de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte canadienne*. À cet égard également, nous partageons, comme nous l'avons déjà mentionné, l'opinion de la juge de première instance et de la Cour d'appel du Québec.

D. *La contestation des appelants fondée sur la Charte québécoise*

266 La *Charte québécoise* est un document quasi constitutionnel très important. Notre collègue la juge Deschamps conclut à l'existence d'une violation de l'art. 1, qui prévoit :

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.

Il possède également la personnalité juridique.

267 L'article 1 de la *Charte québécoise* doit se lire conjointement avec l'art. 9.1 :

9.1 In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

268 The factual basis of the opinion of our colleague Deschamps J. seems to rest largely on her view of the problem of waiting lists in Quebec, a matter we have already discussed, commencing at para. 210.

269 As to the legal principles applicable under the *Quebec Charter*, our Court in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, noted a functional analogy between s. 1 of the *Canadian Charter* and s. 9.1 of the *Quebec Charter*. However, s. 9.1 has the added feature of placing on the claimant the obligation to exercise *Quebec Charter* rights with "proper" regard to "democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec". These limitations have particular relevance to the public health system context of the present claim.

270 Within the legislative jurisdiction of the National Assembly of Quebec, absent an express provision to the contrary, other statutes may not derogate from its ss. 1-38 (s. 52). It was adopted and came into force several years before the *Canadian Charter*. It applies not only to state action but also to many forms of private relationships. It often covers the same grounds as the *Canadian Charter*. Nevertheless, it remains distinct in its drafting and methodology (A. Morel, "La coexistence des Chartes canadienne et québécoise: problèmes d'interaction" (1986), 17 *R.D.U.S.* 49, at pp. 80-81; *Godbout v. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), at p. 2568, *per* Baudouin J.A.).

271 Section 1 of the *Quebec Charter*, in essence, covers about the same ground as s. 7 of the *Canadian Charter*, but it does not mention the

9.1 Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

Le fondement factuel de l'opinion de notre collègue la juge Deschamps semble se réduire, dans une large mesure, à sa perception du problème des listes d'attente au Québec, un point que nous avons déjà analysé à partir du par. 210.

En ce qui concerne les principes juridiques applicables en vertu de la *Charte québécoise*, notre Cour a relevé, dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, une analogie opérationnelle entre l'article premier de la *Charte canadienne* et l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Cependant, l'art. 9.1 comporte une caractéristique additionnelle, celle d'imposer au demandeur l'obligation d'exercer les droits garantis par la *Charte québécoise* dans le « respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Ces restrictions s'avèrent particulièrement pertinentes quant au contexte de l'examen d'un système de santé public dans lequel se situe la présente demande.

En l'absence de disposition contraire explicite, aucune loi adoptée conformément à la compétence législative de l'Assemblée nationale du Québec ne peut déroger à ses art. 1 à 38 (art. 52). La *Charte québécoise* a été adoptée et est entrée en vigueur plusieurs années avant la *Charte canadienne*. Elle s'applique non seulement aux mesures étatiques mais encore à maintes formes de rapports privés. Elle recoupe souvent les mêmes domaines d'application que la *Charte canadienne*. Néanmoins, elle se distingue par sa formulation et sa méthodologie (A. Morel, « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction » (1986), 17 *R.D.U.S.* 49, p. 80-81; *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), p. 2568, le juge Baudouin).

Essentiellement, l'art. 1 de la *Charte québécoise* offre le même genre de protection que l'art. 7 de la *Charte canadienne*, sans toutefois mentionner les

principles of fundamental justice. As stated earlier, it reads:

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

Under s. 1 of the *Quebec Charter*, as at the first stage of a s. 7 analysis, the claimant bears the burden of establishing, on a balance of probabilities, that the impugned law infringes his or her protected rights and interests. If such a claim is made out, the focus of the analysis may shift to s. 9.1 of the *Quebec Charter* in order to determine whether the claimed exercise of the right is made with due regard for "democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec".

In our view, on the evidence, the exercise by the appellants of their claimed *Quebec Charter* rights to defeat the prohibition against private insurance would not have "proper regard for democratic values" or "public order", as the future of a publicly supported and financed single-tier health plan should be in the hands of elected representatives. Nor would it have proper regard for the "general well-being of the citizens of Québec", who are the designated beneficiaries of the health plan, and in particular for the well-being of the less advantaged Quebeckers.

Those who seek private health insurance are those who can afford it and can qualify for it. They will be the more advantaged members of society. They are differentiated from the general population, not by their health problems, which are found in every group in society, but by their income status. We share the view of Dickson C.J. that the *Canadian Charter* should not become an instrument to be used by the wealthy to "roll back" the benefits of a legislative scheme that helps the poorer members of society. He observed in *Edwards Books*, at p. 779:

In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to

principes de justice fondamentale. Comme nous l'avons vu, il se lit ainsi :

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.

Il possède également la personnalité juridique.

272 Sous le régime de l'art. 1 de la *Charte québécoise*, comme à la première étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, il incombe au demandeur d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la règle de droit contestée porte atteinte aux droits et libertés qui lui sont garantis. Une fois cette preuve faite, l'analyse peut alors porter sur l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*, afin de déterminer si l'exercice du droit en question respecte les « valeurs démocratiques, [. . .] l'ordre public et [le] bien-être général des citoyens du Québec ».

273 Nous estimons que, selon la preuve, l'exercice par les appelants des droits garantis par la *Charte québécoise* qu'ils revendiquent pour contrer l'interdiction de souscrire une assurance privée ne respecterait pas les « valeurs démocratiques » ou « l'ordre public », étant donné que l'avenir d'un régime de santé public unique doit dépendre de représentants élus. L'exercice de ces droits ne respecterait pas non plus le « bien-être général des citoyens du Québec », qui sont les bénéficiaires désignés du système de santé, et, en particulier, le bien-être des Québécois moins favorisés.

274 Les personnes qui sollicitent une assurance maladie privée sont celles qui en ont les moyens et qui y sont admissibles. Ce sont les membres de la société qui sont plus favorisés. Ils se distinguent de la population générale non pas par leurs problèmes de santé, qui sont communs à toutes les couches sociales, mais plutôt par leur revenu. Nous partageons l'avis du juge en chef Dickson selon lequel la *Charte canadienne* ne doit pas devenir un instrument utilisé par les riches pour « écarter » les avantages d'un régime législatif qui vient en aide aux membres plus pauvres de la société. Comme il l'a fait observer dans l'arrêt *Edwards Books*, p. 779 :

Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus

roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

The concern, of course, is that once the health needs of the wealthier members of society are looked after in the "upper tier", they will have less incentive to continue to pressure the government for improvements to the public system as a whole.

275 The comments of Dickson C.J. are even more relevant to the *Quebec Charter* given its broad scope and its potential application to a wide range of private relationships.

276 This is not a case, in our view, where the onus of proof determines the outcome. The evidence amply supports the validity of the prohibition of private insurance under the *Quebec Charter*. The objectives are compelling. A rational connection is demonstrated. The decision boils down to an application of the minimal impairment test. In respect of questions of social and economic policy, this test leaves a substantial margin of appreciation to the Quebec legislature. Designing, financing and operating the public health system of a modern democratic society like Quebec remains a challenging task. It calls for difficult choices. In the end, we find that the choice made a generation ago by the National Assembly of Quebec remains within the range of options that are justifiable under s. 9.1. Shifting the design of the health system to the courts is not a wise choice.

277 In this respect, we should bear in mind that the legislative provisions challenged under s. 1 concern all citizens of Quebec. They address concerns shared by all and rights belonging to everyone. The legislative solution affects not only individuals but also the society to which all those individuals belong. It is a problem for which the legislature attempted to find a solution that would be acceptable to everyone in the spirit of the preamble of the *Quebec Charter*:

favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés.

Il va sans dire que l'on redoute qu'une fois que leurs besoins en matière de santé auront été comblés au « niveau supérieur » les membres plus riches de la société deviennent moins enclins à continuer de faire pression sur le gouvernement pour qu'il améliore l'ensemble du système public.

Les observations du juge en chef Dickson deviennent encore plus pertinentes dans le cas de la *Charte québécoise* en raison de sa portée générale et de son applicabilité à une vaste gamme de rapports privés.

À notre avis, la charge de preuve ne joue pas un rôle déterminant quant à l'issue de l'affaire en l'espèce. La preuve étaye amplement la validité de l'interdiction de souscrire une assurance privée eu égard à la *Charte québécoise*. Les objectifs sont impérieux. L'existence d'un lien rationnel est démontrée. La décision se résume à une application du critère de l'atteinte minimale. Pour ce qui est des questions de politique socioéconomique, ce critère laisse une marge de manœuvre importante au législateur québécois. La conception, le financement et l'exploitation d'un système de santé public dans une société démocratique moderne comme le Québec représentent un défi de taille qui oblige à faire des choix difficiles. En fin de compte, nous concluons que le choix fait par l'Assemblée nationale du Québec, au cours de la génération précédente, compte toujours parmi la gamme d'options justifiables au regard de l'art. 9.1. Confier la conception du système de santé aux tribunaux ne représente pas un choix judicieux.

À cet égard, il faut se rappeler que les dispositions législatives contestées en vertu de l'art. 1 concernent tous les citoyens du Québec. Elles visent des préoccupations partagées par tous les citoyens ainsi que des droits appartenant à chacun d'eux. La solution législative touche non seulement les individus, mais encore la société dont ils font partie. Il s'agit d'un problème auquel le législateur a tenté d'apporter une solution acceptable pour tous, conformément à l'esprit du préambule de la *Charte québécoise* :

WHEREAS every human being possesses intrinsic rights and freedoms designed to ensure his protection and development;

Whereas all human beings are equal in worth and dignity, and are entitled to equal protection of the law;

Whereas respect for the dignity of the human being and recognition of his rights and freedoms constitute the foundation of justice and peace;

Whereas the rights and freedoms of the human person are inseparable from the rights and freedoms of others and from the common well-being;

. . .

The evidence reviewed above establishes that the impugned provisions were part of a system which is mindful and protective of the interests of all, not only of some.

We would dismiss the appeal.

APPENDIX

Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29

15. No person shall make or renew a contract of insurance or make a payment under a contract of insurance under which an insured service is furnished or under which all or part of the cost of such a service is paid to a resident or a deemed resident of Québec or to another person on his behalf.

. . .

Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28

11. (1) No one shall make or renew, or make a payment under a contract under which

(*a*) a resident is to be provided with or to be reimbursed for the cost of any hospital service that is one of the insured services;

(*b*) payment is conditional upon the hospitalization of a resident; or

(*c*) payment is dependent upon the length of time the resident is a patient in a facility maintained by an institution contemplated in section 2.

CONSIDÉRANT que tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, destinés à assurer sa protection et son épanouissement;

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi;

Considérant que le respect de la dignité de l'être humain et la reconnaissance des droits et libertés dont il est titulaire constituent le fondement de la justice et de la paix;

Considérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général;

. . .

La preuve que nous avons examinée plus haut établit que les dispositions contestées faisaient partie d'un système soucieux de protéger les intérêts de tous, et non de certains seulement. 278

Nous rejetterions le pourvoi. 279

ANNEXE

Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29

15. Nul ne doit faire ou renouveler un contrat d'assurance ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat d'assurance par lequel un service assuré est fourni ou le coût d'un tel service est payé à une personne qui réside ou est réputée résider au Québec ou à une autre personne pour son compte, en totalité ou en partie.

. . .

Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28

11. 1. Nul ne doit faire ou renouveler un contrat ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat par lequel

a) un service hospitalier compris dans les services assurés doit être fourni à un résident ou le coût doit lui en être remboursé;

b) l'hospitalisation d'un résident est la condition du paiement; ou

c) le paiement dépend de la durée du séjour d'un résident comme patient dans une installation maintenue par un établissement visé dans l'article 2.

(2) This section does not apply for such time after a person arrives in Québec as a resident as he is not an insured person.

Appeal allowed with costs, BINNIE, LEBEL *and* FISH JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant George Zeliotis: Trudel & Johnston, Montreal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montreal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Canada: D'Auray, Aubry, LeBlanc & Associés, Ottawa.

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

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

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

Solicitors for the interveners Senator Michael Kirby, Senator Marjory Lebreton, Senator Catherine Callbeck, Senator Joan Cook, Senator Jane Cordy, Senator Joyce Fairbairn, Senator Wilbert Keon, Senator Lucie Pépin, Senator Brenda Robertson and Senator Douglas Roche: Lerners, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Medical Association and the Canadian Orthopaedic Association: Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the interveners the Charter Committee on Poverty Issues and the Canadian Health Coalition: University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the interveners Cambie Surgeries Corp., False Creek Surgical Centre Inc., Delbrook

2. Le présent article ne s'applique pas durant le temps suivant l'arrivée d'une personne comme résident au Québec pendant lequel elle n'est pas une personne assurée.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges BINNIE, LEBEL *et* FISH *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant George Zeliotis : Trudel & Johnston, Montréal.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Canada : D'Auray, Aubry, LeBlanc & Associés, Ottawa.

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

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

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

Procureurs des intervenants Sénateur Michael Kirby, Sénatrice Marjory Lebreton, Sénatrice Catherine Callbeck, Sénatrice Joan Cook, Sénatrice Jane Cordy, Sénatrice Joyce Fairbairn, Sénateur Wilbert Keon, Sénatrice Lucie Pépin, Sénatrice Brenda Robertson et Sénateur Douglas Roche : Lerners, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association médicale canadienne et l'Association canadienne d'orthopédie : Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur des intervenants le Comité de la Charte et des questions de pauvreté et la Coalition canadienne de la santé : Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs des intervenantes Cambie Surgeries Corp., False Creek Surgical Centre Inc., Delbrook

Surgical Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc., Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd., 4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery Associates Inc., Surgical Centres Inc., the British Columbia Orthopaedic Association and the British Columbia Anesthesiologists Society: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Surgical Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc., Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd., 4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery Associates Inc., Surgical Centres Inc., British Columbia Orthopaedic Association et British Columbia Anesthesiologists Society : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

David George Stender *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* STENDER

Neutral citation: 2005 SCC 36.

File No.: 30551.

2005: June 10.

Present: Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Sexual assault — Consent.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Cronk and Armstrong JJ.A.) (2004), 72 O.R. (3d) 223 (*sub nom. R. v. S. (D.G.)*), 190 O.A.C. 127, 188 C.C.C. (3d) 514, 24 C.R. (6th) 91, [2004] O.J. No. 3440 (QL) (*sub nom. R. v. D.S.*), setting aside the accused's acquittals for sexual assaults and entering convictions. Appeal dismissed.

Christopher Hicks and *Joseph Wilkinson*, for the appellant.

Joan Barrett and *Deborah Krick*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 FISH J. — The appellant was acquitted at trial on two counts of sexual assault. Both acquittals were set aside by the Court of Appeal for Ontario on the following grounds:

> . . . on the admitted facts and factual findings of the trial judge, consent to sexual intercourse within the meaning of s. 273.1(1) of the *Criminal Code* was not given by [the complainant]. It follows, therefore, that the *actus reus* and the *mens rea* of sexual assault were established and the trial judge erred in law in concluding that the

David George Stender *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* STENDER

Référence neutre : 2005 CSC 36.

N° du greffe : 30551.

2005 : 10 juin.

Présents : Les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Abella.

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

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Cronk et Armstrong) (2004), 72 O.R. (3d) 223 (*sub nom. R. c. S. (D.G.)*), 190 O.A.C. 127, 188 C.C.C. (3d) 514, 24 C.R. (6th) 91, [2004] O.J. No. 3440 (QL) (*sub nom. R. c. D.S.*), qui a annulé les acquittements de l'accusé pour agression sexuelle et inscrit des déclarations de culpabilité. Pourvoi rejeté.

Christopher Hicks et *Joseph Wilkinson*, pour l'appelant.

Joan Barrett et *Deborah Krick*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE FISH — L'appelant a été acquitté de deux chefs d'agression sexuelle à son procès. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé les deux acquittements pour les raisons suivantes :

> [TRADUCTION] . . . d'après les faits reconnus et les conclusions factuelles du juge du procès, le consentement aux rapports sexuels, au sens du par. 273.1(1) du *Code criminel*, n'a pas été donné par [la plaignante]. Il s'ensuit donc que l'*actus reus* et la *mens rea* de l'agression sexuelle étaient établis et que le juge du procès a

admitted incidents of sexual intercourse did not "amount to a sexual assault within the meaning of the *Criminal Code*".

((2004), 72 O.R. (3d) 223, at para. 45)

We agree with this conclusion. The appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Hicks Block Adams, Toronto.

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

eu tort de conclure que les épisodes de rapports sexuels reconnus ne « constituaient [pas] une agression sexuelle au sens du *Code criminel* ».

((2004), 72 O.R. (3d) 223, par. 45)

Nous acceptons cette conclusion. L'appel est donc rejeté. 2

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Hicks Block Adams, Toronto.

Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général, Toronto.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Regulations — Validity — Regulatory provision respecting colour of margarine valid — Provision clearly authorized by enabling legislation — Regulation respecting dairy products substitutes, R.R.Q. 1981, c. P-30, r. 15, s. 40(1)(c).

UL CANADA INC. v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 143.

2. Administrative Tribunal of Québec — Jurisdiction in respect of minority language education claims — Remedial powers — Eligibility for public instruction in English in Quebec — Claimants bypassing administrative appeal process and seeking injunctive and declaratory relief in Superior Court — Whether claimants must follow administrative process — Whether Tribunal has exclusive jurisdiction to hear appeals in respect of entitlement to minority language education — Whether Tribunal can decide constitutional questions incidental to its determination of entitlement to minority language education — Whether Tribunal's decision concerning entitlement binding on school board — Scope of residual jurisdiction of Superior Court in respect of injunctive relief and direct constitutional challenges.

OKWUOBI v. LESTER B. PEARSON SCHOOL BOARD; CASIMIR v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL); ZORRILLA v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 257.

3. Human rights tribunal — Jurisdiction — Parliamentary employees — Workplace complaints raising human rights issues — Chauffeur to Speaker of House of Commons declared surplus and filing discrimination and harassment complaints against Speaker and House — Whether Canadian Human Rights Commission has jurisdiction to investigate chauffeur's complaints — Whether chauffeur's complaints should proceed by way of grievance under the Parliamentary Employment and Staff Relations Act — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 2 — Parliamentary Employment and Staff Relations Act, R.S.C. 1985, c. 33 (2nd Supp.), s. 2.

CANADA (HOUSE OF COMMONS) v. VAID, 667.

ADULT PROTECTION

Plan of care for adult in need of protection — Family Court jurisdiction — Whether Family Court has jurisdiction to impose terms and conditions on plan proposed by Minister of Health for vulnerable adult's care — Adult Protection Act, R.S.N.S. 1989, c. 2, s. 9(3)(c).

NOVA SCOTIA (MINISTER OF HEALTH) v. J.J., 177.

APPEALS

Saskatchewan Court of Appeal — Questions of fact — Applicable standard of appellate review on questions of fact in Saskatchewan — Whether Court of Appeal correct in setting aside trial judge's pecuniary damages award for loss of past and future earnings — Whether Court of Appeal applied proper standard — The Court of Appeal Act, 2000, S.S. 2000, c. C-42.1, s. 14.

H.L. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 401.

CIVIL PROCEDURE

Production of documents — Medical records — Examination on discovery — Plaintiff suing her attending physicians and manufacturer of prosthesis in civil liability — Significant portion of damages sought under heads of pain and suffering, shock and nervousness — Plaintiff objecting at examination on discovery to disclosure of medical record kept by her psychiatrist — Whether objection should be dismissed — Whether plaintiff implicitly waived confidentiality of her medical record — Whether defendants demonstrated relevance of this disclosure.

GLEGG v. SMITH & NEPHEW INC., 724.

CIVIL RIGHTS

Equality rights — Language of instruction — Members of French language majority in Quebec not entitled to instruction in English except under certain circumstances — Whether legislation on English instruction in Quebec violating equality

CIVIL RIGHTS — Concluded

rights — Whether equality requires that all children in Quebec be given access to publicly funded English language education — Whether right to equality opposable to s. 23 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11, s. 73 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 12.

GOSSELIN (TUTOR OF) v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 238.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Arbitrary detention — First Nations Constables setting up R.I.D.E. operations just outside reserves they are engaged primarily to serve — Accused stopped, arrested and charged with two offences under Criminal Code — Whether accused arbitrarily detained by First Nations Constables — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9.

R. v. DECORTE, 133.

2. Distribution of legislative powers — Colour of margarine — Provincial regulatory provision respecting colour of margarine constitutional — Provision falling within provincial jurisdiction over local trade — Constitution Act, 1867, s. 92 — Regulation respecting dairy products substitutes, R.R.Q. 1981, c. P-30, r. 15, s. 40(1)(c).

UL CANADA INC. v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 143.

3. Charter of Rights — Freedom of expression — Regulatory provision respecting colour of margarine not infringing freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Regulation respecting dairy products substitutes, R.R.Q. 1981, c. P-30, r. 15, s. 40(1)(c).

UL CANADA INC. v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 143.

4. Federal paramountcy — Retail display of tobacco products — Federal tobacco legislation allowing retailers to display tobacco and tobacco-related products, and signs indicating availability and price of tobacco products — Provincial tobacco control legislation banning all advertising, display and promotion of tobacco or tobacco-related products in any premises in which persons under 18 years of age are permitted — Whether provincial legislation inoperative pursuant to doctrine of federal legislative paramountcy — Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13, s. 30 — The Tobacco Control Act, S.S. 2001, c. T-14.1, s. 6.

ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. v. SASKATCHEWAN, 188.

5. Charter of Rights — Minority language education rights — Claimants' children declared not eligible for public instruction in English in Quebec because children had not completed "major part" of their education in English as required by s. 73(2) of Charter of the French language — Whether "major part" requirement set out in s. 73(2) inconsistent with s. 23(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

SOLSKI (TUTOR OF) v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 201.

6. Distribution of legislative powers — Federal-provincial chicken marketing scheme — Constitutionality of provincial component of scheme — Whether provincial scheme applicable to production of chicken intended for interprovincial market — An Act respecting the marketing of agricultural, food and fish products, R.S.Q., c. M-35.1 — Règlement sur la production et la mise en marché du poulet, R.R.Q., c. M-35.1, r. 13.2 — Plan conjoint des producteurs de volailles du Québec, R.R.Q., c. M-35, r. 126.

FÉDÉRATION DES PRODUCTEURS DE VOLAILLES DU QUÉBEC v. PELLAND, 292.

7. Delegation of regulatory powers — Referential incorporation of provincial legislation by federal regulatory body — Federal-provincial chicken marketing scheme — Federal body, through Grant of Authority by Governor in Council, delegating its regulatory power over interprovincial and export trade to provincial marketing board and referentially incorporating provincial legislation — Whether administrative delegation and referential incorporation constitutional — Whether only Parliament can referentially incorporate provincial legislation.

FÉDÉRATION DES PRODUCTEURS DE VOLAILLES DU QUÉBEC v. PELLAND, 292.

8. Charter of Rights — Search and seizure — Interception of communications — Accused and three co-accused charged with murder — Crown's case against accused based largely on intercepted telephone conversations — Accused's name not mentioned in affidavit accompanying first two applications for authorization — Accused alleging that subsequent authorizations rested on information unlawfully obtained from first two authorizations — Whether accused's right to be secure against unreasonable search or seizure violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. CHOW, 384.

9. Parliamentary privilege — Existence of privilege — Former chauffeur to Speaker of House of Commons filing discrimination and harassment complaints against Speaker and House after his position declared surplus — House and Speaker asserting parliamentary privilege in relation to "management of employees" to challenge jurisdiction of Canadian Human Rights Commission to investigate chauffeur's complaints — Whether

CONSTITUTIONAL LAW — Concluded

claimed parliamentary privilege exists — Constitution Act, 1867, s. 18 — Parliament of Canada Act, R.S.C. 1985, c. P-1, s. 4.

CANADA (HOUSE OF COMMONS) v. VAID, 667.

10. Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Waiting times in public health system — Provincial legislation prohibiting Quebec residents from taking out insurance to obtain in private sector health care services already available under Quebec's public health care plan — Prohibition depriving Quebec residents of access to private health care services not coming with waiting times inherent in public system — Whether prohibition constituting deprivation of rights to life, liberty and security of person guaranteed by s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms and, if so, whether deprivation in accordance with principles of fundamental justice — If there violation, whether it can be justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29, s. 15 — Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28, s. 11.

CHAOULLI v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 791.

CORPORATIONS

Amalgamation — Liability for remediation of contaminated sites — Public utilities — Amalgamation agreement providing that amalgamated corporation assumed all duties, liabilities and obligations to which predecessor corporations subject "immediately before the amalgamation" — Amalgamated corporation not immune from responsibility for remediation of contamination caused by pre-amalgamation activities of one of its predecessor corporations — Wording of amalgamation agreement not limiting liability of amalgamated corporation.

BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY v. BRITISH COLUMBIA (ENVIRONMENTAL APPEAL BOARD), 3.

COSTS

Party-and-party costs — Consumer protection — Consumer successfully suing car manufacturer and dealer for breach of statutory warranties pursuant to consumer protection legislation — Court of Appeal affirming award of costs to consumer at trial but awarding costs against her on appeal because manufacturer and dealer achieved substantial success — Consumer protection legislation provides that costs may not be awarded against consumer bringing suit against a manufacturer or retail seller for breach of warranty unless suit is frivolous or vexatious — Whether Court of Appeal had jurisdiction to award costs against consumer — Whether protective scope of costs provision limited to proceedings at trials — Consumer Protection Act, S.S. 1996, c. C-30.1, s. 66.

PREBUSHEWSKI v. DODGE CITY AUTO (1984) LTD., 649.

CRIMINAL LAW

1. Disorderly conduct — Indecent acts — Public place — Criminal Code prohibits wilfully doing indecent act in public place — Whether masturbating in illuminated room before uncovered window while unknowingly being observed by neighbours is indecent act in public place — Whether living room "public place" within meaning of ss. 150 and 173(1)(a) of Criminal Code — Meaning of word "access" in definition of "public place" in s. 150 of Criminal Code.

R. v. CLARK, 6.

2. Defences — Provocation — Accused convicted of second degree murder — No air of reality supporting objective components of test for defence of provocation — Court of Appeal correct in upholding trial judge's decision not to leave defence of provocation with jury.

R. v. ROBERTS, 22.

3. Appeal — Conviction — Jury returning verdict of first degree murder at trial — Charge to jury fatally flawed — Court of Appeal correct in setting aside conviction for first degree murder but wrong in substituting conviction for second degree murder where another verdict might be reasonable — New trial ordered on original indictment — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(3).

R. v. MÉNARD, 24.

4. Murder — Charge to jury — Errors in trial judge's instructions concerning causation requirement — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231(5).

R. v. MÉNARD, 24.

5. Evidence — Confessions — Admissibility — Person in authority — Accused admitting crime to undercover police officers — Whether undercover police officers "persons in authority" — Whether inculpatory statements properly admitted at trial without voir dire to determine their voluntariness.

R. v. GRANDINETTI, 27.

6. Evidence — Possible involvement of third party in commission of offence — Accused charged with first degree murder — Trial judge excluding evidence suggesting that victim

CRIMINAL LAW — Continued

might have been killed by third party — Whether evidence should have been admitted — Whether sufficient connection between third party and crime.

R. v. GRANDINETTI, 27.

7. Hate propaganda — Wilful promotion of hatred — Whether Crown failed to prove that wilful promotion of hatred was against "Roma" as particularized in information — Whether trial judge ought to have taken judicial notice of dictionary definitions demonstrating relationship between gypsies and Roma — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 319(2).

R. v. KRYMOWSKI, 101.

8. Police — Powers of First Nations Constables — Whether First Nations Constables may set up R.I.D.E. operations just outside reserves they are engaged primarily to serve — Whether First Nations Constables then remain "peace officers" within meaning of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 "peace officer" (c), 145(3), 254(5) — Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8, s. 48 — Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, ss. 42(1), 54(3).

R. v. DECORTE, 133.

9. Appeal — Appeal as of right — Dissent in Court of Appeal not raising question of law — Appeal quashed.

R. v. R.G.L., 288.

10. Evidence — Accused convicted at trial of six counts of sex-related offences involving two young children — Trial judge considering evidence relating to other counts against accused when assessing his credibility in respect of particular set of counts — Whether trial judge erred in failing to deal with evidence on each count separately.

R. v. P.E.C., 290.

11. Defences — Self-defence — Assault — Consent — Interpretation of Jobidon — Deceased killed by accused in fist fight — Whether fight consensual — Whether self-defence available to accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 34.

R. v. PAICE, 339.

12. Evidence — Admissibility — Hearsay — Co-conspirator's exception — Double hearsay — Whether co-conspirator's exception to hearsay rule meets requirements of principled approach to hearsay — Whether double hearsay evidence of co-conspirator lacked necessity or reliability in circumstances of this case and ought to have been excluded.

R. v. MAPARA, 358.

13. Evidence — Admissibility — Interception of communications — Three-way communication — Named person in wiretap authorization initiating phone call with third party — Named person and accused alternately speaking with third party during call — Authorization requiring police to stop listening when named person not party to communication — Whether intercepts of telephone conversation between accused and third party should have been excluded — Whether named person still party to communication.

R. v. MAPARA, 358.

CRIMINAL LAW — Concluded

14. Interception of communications — Successive authorizations — Accused and three co-accused charged with murder — Crown's case against accused based largely on intercepted telephone conversations — Accused's name not mentioned in affidavit accompanying first two applications for authorization — Accused alleging that subsequent authorizations rested on information unlawfully obtained from first two authorizations — Whether accused "known" person within meaning of Criminal Code when first two authorizations sought and obtained — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 185(1)(e).

R. v. CHOW, 384.

15. Procedure — Separate trials — Accused and three co-accused charged with murder — Whether accused entitled to severance in order to compel one of co-accused to testify — Whether denial of severanee deprived him of right to make full answer and defence.

R. v. CHOW, 384.

16. Trial by jury — Respective functions of judge and jury — Murder — Accused fatally shot trespasser who refused to leave his home — Accused claimed that shooting accidental and that he intended to use his gun solely to intimidate trespasser in defence of his property — Careless use of firearm and intent central issues at trial — Whether trial judge exceeded his proper function by directing jury that offence of careless use of firearm had been made out and by failing to instruct jury on defence of property.

R. v. GUNNING, 627.

17. Evidence — Circumstantial evidence — Recent possession.

R. v. DIONNE, 665.

18. Sentencing — Conditional sentences — Whether presentence custody should affect sentencing judge's determination of availability of conditional sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 719(3), 742.1.

R. v. FICE, 742.

19. Sexual assault — Consent.

R. v. STENDER, 914.

DAMAGES

Exemplary damages — Consumer protection — Truck bursting into flames and destroyed due to manufacturing defect — Consumer successfully suing car manufacturer and dealer for breach of statutory warranties pursuant to consumer protection legislation — Trial judge awarding exemplary damages against car manufacturer and dealer — Whether violation of consumer protection legislation justified award of exemplary damages — Whether exemplary damages provision merely codified common law test for awarding such damages — Consumer Protection Act, S.S. 1996, c. C-30.1, s. 65.

PREBUSHEWSKI v. DODGE CITY AUTO (1984) LTD., 649.

ENVIRONMENTAL LAW

Remediation of contaminated sites — Liability — Public utilities — Amalgamation agreement providing that amalgamated corporation assumed all duties, liabilities and obligations to which predecessor corporations subject "immediately before the amalgamation" — Amalgamated corporation not immune from responsibility for remediation of contamination caused by pre-amalgamation activities of one of its predecessor corporations — Wording of amalgamation agreement not limiting liability of amalgamated corporation.

BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY v. BRITISH COLUMBIA (ENVIRONMENTAL APPEAL BOARD), 3.

FISHERIES

Return of things not forfeited — Payment of interest — Return of proceeds from sale of fish seized pursuant to Fisheries Act after proceedings stayed — Proceeds returned without interest — Whether Crown owed interest on proceeds held pending outcome of litigation — Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14, s. 73.1.

GLADSTONE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 325.

HUMAN RIGHTS

1. Human rights legislation — Application — Parliamentary employees — Whether Canadian Human Rights Act applicable to employees of Senate and House of Commons — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 2.

CANADA (HOUSE OF COMMONS) v. VAID, 667.

HUMAN RIGHTS — Concluded

2. Right to life and to personal inviolability — Waiting times in public health system — Provincial legislation prohibiting Quebec residents from taking out insurance to obtain in private sector health care services already available under Quebec's public health care plan — Prohibition depriving Quebec residents of access to private health care services not coming with waiting times inherent in public system — Whether prohibition infringing rights to life and to personal inviolability guaranteed by s. 1 of Charter of Human Rights and Freedoms — If so, whether infringement can be justified under s. 9.1 of Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 9.1 — Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29, s. 15 — Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28, s. 11.

CHAOULLI v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 791.

INCOME TAX

Computation of employment income — Disability insurance benefits — Surrogatum principle — Taxpayer's disability insurance benefits terminated by insurer — Taxpayer suing insurer and settling claim on basis of lump sum payment — Release denying all liability on part of insurer — Whether lump sum payment made "pursuant to a disability insurance plan" — Whether portion of lump sum based on amount owing for past disability benefits taxable — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 6(1)(f).

TSIAPRAILIS v. CANADA, 113.

INSURANCE

1. Fire insurance — Statutory conditions — Material change to risk — Vacancy — Insured's property destroyed by fire — Insurer denying claim because insured failed to inform them of earlier vacancy — Statutory condition permitting avoidance of fire insurance contract if insurer not promptly notified of any change material to risk within control and knowledge of insured — Provision in insurance legislation giving court discretion to relieve insured from avoidance of fire insurance contract where stipulation, condition or warranty unjust or unreasonable — Whether relief provision applies to statutory conditions — Insurance Act, R.S.N.S. 1989, c. 231, s. 171, Sch. to Part VII, Statutory Condition 4.

MARCHE v. HALIFAX INSURANCE CO., 47.

2. Fire Insurance — Statutory conditions — Material change to risk — Vacancy — Mortgage clause — Insured house vacated by owners at time of fire — Insurer not notified of vacancy —

INSURANCE

Mortgagees making claim under insurance policy pursuant to standard mortgage clause — Statutory condition permitting avoidance of insurance contract if insurer not promptly notified of any change material to risk within control and knowledge of insured — Insurer denying claim, asserting vacancy was "change material to the risk" — Whether insurer may void coverage on basis mortgagees failed to notify it that house had been vacated.

ROYAL BANK OF CANADA v. STATE FARM FIRE AND CASUALTY CO., 779.

JUDGMENTS AND ORDERS

Interest — Post-judgment interest — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 50.

PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD. v. VICTORIA (CITY), 286.

LABOUR RELATIONS

Public service — Grievances — Early retirement incentive benefits — Courts — Jurisdiction — Public servant declared surplus wishing to take advantage of early retirement incentive benefits provided by regulation, not by collective agreement — Whether workplace dispute over entitlement to these benefits must be decided under grievance procedure established by Public Service Staff Relations Act — Whether absence of "recourse to independent adjudication" in grievance procedure sufficient for courts to get involved — Whether public servant has option of going to court when dispute grievable but not arbitrable — Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1985, c. P-35, ss. 91, 92.

VAUGHAN v. CANADA, 146.

PATENTS

Patented medicines — Notice of compliance — Whether new drug submission falls within scope of s. 5(1.1) of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

BRISTOL-MYERS SQUIBB CO. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 533.

PHYSICIANS AND SURGEONS

1. Professional secrecy — Medical record — Access to content of medical record — Extent of disclosure — Principle of relevance.

GLEGG v. SMITH & NEPHEW INC., 724.

2. Professional secrecy — Medical record — Waiver — Waiver by patient of confidentiality of her medical record and of physician's duty of professional secrecy — Scope and limits of this waiver.

GLEGG v. SMITH & NEPHEW INC., 724.

PRACTICE

Supreme Court of Canada — Motion to extend time to file application for leave to appeal — Lack of diligence to file application — Motion dismissed.

JANSSEN-ORTHO INC. v. NOVOPHARM LTD., 776.

SALE OF GOODS

Statutory warranties — Breach of warranties — Truck bursting into flames and destroyed due to manufacturing defect — Consumer successfully suing car manufacturer and dealer for breach of statutory warranties pursuant to consumer protection legislation — Whether violation of consumer protection legislation justified award of exemplary damages — Whether violation was "wilful" — Consumer Protection Act, S.S. 1996, c. C-30.1, s. 65.

PREBUSHEWSKI v. DODGE CITY AUTO (1984) LTD., 649.

SCHOOLS

1. Language of instruction — Instruction in English in Quebec — Claimants' children declared not eligible for public instruction in English in Quebec because children had not completed "major part" of their education in English as required by s. 73(2) of Charter of the French language — Whether "major part" requirement set out in s. 73(2) constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23(2).

SOLSKI (TUTOR OF) v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 201.

SCHOOLS — Concluded

2. Language of instruction — Instruction in English in Quebec — Members of French language majority in Quebec not entitled to instruction in English except under certain circumstances — Whether legislation on English instruction in Quebec violating equality rights — Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11, s. 73 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 12 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23.

GOSSELIN (TUTOR OF) v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 238.

INDEX

APPELS

Cour d'appel de la Saskatchewan — Questions de fait — Norme de révision en appel applicable à une question de fait en Saskatchewan — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'annuler les dommages-intérêts pécuniaires accordés par le juge de première instance pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure? — A-t-elle appliqué la norme appropriée? — Loi de 2000 sur la Cour d'appel, L.S. 2000, ch. C-42,1, art. 14.

H.L. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 401.

ASSURANCE

1. Assurance-incendie — Conditions légales — Changement dans les circonstances constitutives du risque — Inoccupation — Destruction du bien des assurés dans un incendie — Refus d'indemnisation de la part de l'assureur au motif que les assurés ne l'ont pas informé d'une inoccupation antérieure — Condition légale permettant l'annulation du contrat d'assurance-incendie si l'assureur n'est pas promptement avisé d'un changement dans les circonstances constitutives du risque sur lequel l'assuré exerce un contrôle et dont il a connaissance — Disposition de la loi sur les assurances accordant au tribunal le pouvoir discrétionnaire de remédier à l'annulation du contrat d'assurance-incendie si la stipulation, la condition ou la garantie est injuste ou déraisonnable — La disposition d'exemption s'applique-t-elle aux conditions légales? — Insurance Act, R.S.N.S. 1989, ch. 231, art. 171, ann. de la partie VII, condition légale 4.

MARCHE C. CIE D'ASSURANCE HALIFAX, 47.

2. Assurance-incendie — Conditions légales — Changement essentiel pour l'appréciation du risque — Inoccupation — Clause hypothécaire — Maison assurée inoccupée par les propriétaires au moment de l'incendie — Assureur n'ayant pas été avisé de l'inoccupation — Demande d'indemnité par les créanciers hypothécaires en vertu de la police d'assurance, selon la clause hypothécaire type — Condition légale permettant d'annuler le contrat d'assurance si l'assureur n'a pas été promptement avisé d'un changement essentiel pour l'appréciation du risque sur lequel l'assuré avait un contrôle ou dont il avait connaissance — Demande d'indemnité refusée par l'assureur, au motif que l'inoccupation constituait un « changement essentiel pour l'appréciation du risque » — L'assureur peut-il refuser la protection, au motif que

ASSURANCE — Fin

les créanciers hypothécaires ne l'ont pas avisé de l'inoccupation de la maison?

BANQUE ROYALE DU CANADA C. STATE FARM FIRE AND CASUALTY CO., 779.

BREVETS

Médicaments brevetés — Avis de conformité — La présentation de drogue nouvelle est-elle visée par l'art. 5(1.1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133?

BRISTOL-MYERS SQUIBB CO. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 533.

COMPAGNIES

Fusion — Responsabilité en matière de décontamination de sites — Services publics — Accord de fusion prévoyant que la nouvelle société assume tous les devoirs, responsabilités et obligations qui incombaient aux sociétés fusionnées « immédiatement avant la fusion » — Nouvelle société non exemptée de la responsabilité d'éliminer la contamination résultant des activités d'une des sociétés fusionnées avant la fusion — Texte de l'accord de fusion ne limitant pas la responsabilité de la nouvelle société.

BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (ENVIRONMENTAL APPEAL BOARD), 3.

DÉPENS

Dépens sur la base partie-partie — Protection des consommateurs — Consommateur ayant poursuivi avec succès en vertu de la loi sur la protection des consommateurs le fabricant et le détaillant pour violation des garanties légales — La Cour d'appel a maintenu les dépens accordés au consommateur en première instance mais les a adjugés au fabricant et au détaillant en appel au motif qu'ils avaient eu gain de cause pour l'essentiel —

DÉPENS — Fin

Disposition de la loi sur la protection des consommateurs précisant que le consommateur qui poursuit un fabricant ou un détaillant pour violation de garanties ne peut être condamné aux dépens à moins que son action ne soit frivole ou vexatoire — La Cour d'appel avait-elle le pouvoir de condamner le consommateur aux dépens? — Le champ d'application de cette disposition protégeant les consommateurs contre les condamnations aux dépens se limite-t-il aux procédures intentées en première instance? — Consumer Protection Act, S.S. 1996, ch. C-30.1, art. 66.

PREBUSHEWSKI C. DODGE CITY AUTO (1984) LTD., 649.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

Dommages-intérêts exemplaires — Protection des consommateurs — Camion détruit par un incendie causé par un défaut de fabrication — Consommateur ayant poursuivi avec succès en vertu de la loi sur la protection des consommateurs le fabricant et le détaillant pour violation des garanties légales — La juge du procès a condamné le fabricant et le détaillant à verser des dommages-intérêts exemplaires — La violation de la loi sur la protection des consommateurs justifiait-elle l'octroi de dommages-intérêts exemplaires? — La disposition relative aux dommages-intérêts exemplaires n'a-t-elle fait que codifier la règle de common law régissant l'octroi de tels dommages-intérêts? — Consumer Protection Act, S.S. 1996, ch. C-30.1, art. 65.

PREBUSHEWSKI C. DODGE CITY AUTO (1984) LTD., 649.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Règlement — Validité — Disposition réglementaire sur la coloration de la margarine valide — Disposition clairement autorisée par la loi habilitante — Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q. 1981, ch. P-30, r. 15, art. 40(1)c).

UL CANADA INC. C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 143.

2. Tribunal administratif du Québec — Compétence relative aux demandes d'enseignement dans la langue de la minorité — Pouvoirs de réparation — Admissibilité à fréquenter une école publique anglaise au Québec — Demandeurs contournant le processus d'appel administratif et demandant à la Cour supérieure une injonction et un jugement déclaratoire — Les demandeurs doivent-ils suivre le processus administratif? — Le Tribunal a-t-il compétence exclusive pour entendre les appels concernant le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité? — Le Tribunal peut-il statuer sur des questions constitutionnelles incidentes à ses décisions relatives au droit à l'enseignement dans la langue de la minorité? — La décision du Tribunal en matière d'admissibilité est-elle opposable au conseil scolaire? — Étendue de la compétence résiduelle de la Cour supérieure en matière d'injonction et de contestations constitutionnelles directes.

OKWUOBI C. COMMISSION SCOLAIRE LESTER-B.-PEARSON; CASIMIR C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL); ZORRILLA C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 257.

3. Tribunal des droits de la personne — Compétence — Employés du Parlement — Plaintes en matière de relations de travail soulevant des questions de droits de la personne — Poste de chauffeur du président de la Chambre des communes déclaré excédentaire — Plaintes pour discrimination et harcèlement déposées contre la Chambre et son président — La Commission canadienne des droits de la personne a-t-elle compétence pour enquêter sur les plaintes du chauffeur? — Les plaintes du chauffeur doivent-elles être instruites par voie de grief sous le régime de la Loi sur les relations de travail au Parlement? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 2 — Loi sur les relations de travail au Parlement, L.R.C. 1985, ch. 33 (2e suppl.), art. 2.

CANADA (CHAMBRE DES COMMUNES) C. VAID, 667.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Détention arbitraire — Opération R.I.D.E. mise sur pied par des agents des premières nations juste à l'extérieur des réserves au service desquelles ils ont principalement été embauchés — Accusé intercepté, arrêté et inculpé de deux infractions au Code criminel — L'accusé a-t-il été détenu arbitrairement par les agents des premières nations? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9.

R. C. DECORTE, 133.

2. Partage des compétences — Coloration de la margarine — Constitutionnalité de la disposition réglementaire provinciale sur la coloration de la margarine confirmée — Disposition relevant de la compétence des provinces sur le commerce local — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92 — Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q. 1981, ch. P-30, r. 15, art. 40(1)c).

UL CANADA INC. C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 143.

3. Charte des droits — Liberté d'expression — Disposition réglementaire sur la coloration de la margarine — Aucune atteinte à la liberté d'expression — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q. 1981, ch. P-30, r. 15, art. 40(1)c).

UL CANADA INC. C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 143.

DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

4. Prépondérance des lois fédérales — Exposition de produits du tabac dans les établissements de vente au détail — Loi fédérale sur le tabac autorisant les détaillants à exposer du tabac et des produits connexes et à afficher la vente de produits du tabac et le prix de ces produits — Loi provinciale sur le tabac interdisant la publicité, l'exposition et la promotion de tabac ou de produits connexes dans les lieux auxquels ont accès les moins de 18 ans — La loi provinciale est-elle inopérante par l'effet de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales? — Loi sur le tabac, L.C. 1997, ch. 13, art. 30 — The Tobacco Control Act, S.S. 2001, ch. T-14.1, art. 6.

ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. c. SASKATCHEWAN, 188.

5. Charte des droits — Droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Enfants des requérants déclarés non admissibles à fréquenter l'école publique de langue anglaise au Québec pour le motif qu'ils n'ont pas reçu la « majeure partie » de leur enseignement en anglais comme l'exige l'art. 73(2) de la Charte de la langue française — Le critère de la « majeure partie » énoncé à l'art. 73(2) est-il incompatible avec l'art. 23(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

SOLSKI (TUTEUR DE) c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 201.

6. Partage des compétences législatives — Régime fédéral-provincial de commercialisation du poulet — Constitutionnalité de la composante provinciale du régime — Le régime provincial s'applique-t-il à l'égard du poulet destiné au marché interprovincial? — Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche, L.R.Q., ch. M-35.1 — Règlement sur la production et la mise en marché du poulet, R.R.Q., ch. M-35.1, r. 13.2 — Plan conjoint des producteurs de volailles du Québec, R.R.Q., ch. M-35, r. 126.

FÉDÉRATION DES PRODUCTEURS DE VOLAILLES DU QUÉBEC c. PELLAND, 292.

7. Délégation de pouvoirs de réglementation — Incorporation par renvoi de mesures législatives provinciales par l'office fédéral de réglementation — Régime fédéral-provincial de commercialisation du poulet — Incorporation par renvoi par l'office fédéral de mesures législatives provinciales et délégation par celui-ci à l'office de commercialisation provincial, au moyen d'un instrument de délégation de pouvoirs, de son pouvoir de réglementer le commerce extraprovincial et l'exportation — Est-ce que la délégation administrative et l'incorporation par renvoi étaient constitutionnelles? — Est-ce que seul le Parlement peut incorporer par renvoi des mesures législatives provinciales?

FÉDÉRATION DES PRODUCTEURS DE VOLAILLES DU QUÉBEC c. PELLAND, 292.

8. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Interception de communications — Accusé et trois coaccusés inculpés de meurtre — Preuve du ministère public contre l'accusé principalement fondée sur des conversations téléphoniques interceptées — Aucune indication du nom de l'accusé dans l'affidavit accompagnant les deux premières demandes d'autorisation — Prétention de l'accusé que les autorisations subséquentes reposaient sur des renseignements obtenus illégalement en vertu des deux premières autorisations — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. c. CHOW, 384.

9. Privilège parlementaire — Existence du privilège — Ancien chauffeur du président de la Chambre des communes ayant déposé des plaintes pour discrimination et harcèlement contre la Chambre et son président après que son poste a été déclaré excédentaire — Privilège parlementaire à l'égard de la « gestion du personnel » invoqué par la Chambre et son président pour contester la compétence de la Commission canadienne des droits de la personne d'enquêter sur les plaintes du chauffeur — Le privilège invoqué existe-t-il? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 18 — Loi sur le Parlement du Canada, L.R.C. 1985, ch. P-1, art. 4.

CANADA (CHAMBRE DES COMMUNES) c. VAID, 667.

10. Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Délais d'attente du système de santé public — Dispositions provinciales prohibant aux résidents du Québec de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services de santé déjà dispensés par le régime de santé public québécois — Prohibition empêchant les résidents du Québec d'avoir accès à des soins de santé privés qui ne sont pas assujettis aux délais d'attente inhérents au régime public — La prohibition porte-t-elle atteinte aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et liberté et, dans l'affirmative, cette atteinte est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? — S'il y a contravention, est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29, art. 15 — Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28, art. 11.

CHAOULLI c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 791.

DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin

DROIT CRIMINEL

1. Inconduite — Actions indécentes — Endroit public — Code criminel interdisant de commettre volontairement une action indécente dans un endroit public — La personne qui, sans savoir que des voisins l'observent, se masturbe dans une pièce éclairée, près d'une fenêtre dont les rideaux sont ouverts, commet-elle une action indécente dans un endroit public? — Un

DROIT CRIMINEL — Suite

salon est-il un « endroit public » au sens de l'art. 150 et de l'art. 173(1)a) du Code criminel? — Sens du mot « accès » dans la définition de l'expression « endroit public » à l'art. 150 du Code criminel.

R. c. CLARK, 6.

2. Moyens de défense — Provocation — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré — Absence de vraisemblance quant aux éléments objectifs du critère d'application du moyen de défense fondé sur la provocation — Cour d'appel ayant eu raison de confirmer la décision du juge du procès de ne pas soumettre à l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la provocation.

R. c. ROBERTS, 22.

3. Appel — Déclaration de culpabilité — Jury ayant rendu un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré au procès — Défaut fatal dans les directives au jury — La Cour d'appel a eu raison d'annuler la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré, mais a commis une erreur en y substituant un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré, alors qu'un autre verdict pourrait être raisonnable — Nouveau procès ordonné relativement à l'acte d'accusation initial — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(3).

R. c. MÉNARD, 24.

4. Meurtre — Exposé au jury — Erreurs dans les directives du juge du procès concernant le lien de causalité — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 231(5).

R. c. MÉNARD, 24.

5. Preuve — Aveux — Recevabilité — Personne en situation d'autorité — Aveu d'un crime à des agents doubles de la police — Un agent double de la police est-il une « personne en situation d'autorité »? — La juge du procès a-t-elle eu raison d'admettre en preuve les déclarations inculpatoires sans tenir un voir-dire sur leur caractère volontaire?

R. c. GRANDINETTI, 27.

6. Preuve — Possibilité qu'une autre personne ait commis l'infraction — Accusation de meurtre au premier degré — Décision de la juge de première instance d'exclure la preuve qu'une autre personne que l'accusé avait pu assassiner la victime — La preuve aurait-elle dû être admise? — Existait-il un lien suffisant entre l'autre personne et le crime?

R. c. GRANDINETTI, 27.

7. Propagande haineuse — Fomentation volontaire de la haine — Le ministère public a-t-il été incapable de prouver que la fomentation volontaire de la haine visait les Rom, comme le précisait la dénonciation? — Le juge du procès aurait-il dû prendre connaissance d'office des définitions tirées de dictionnaires démontrant l'existence d'un rapport entre les termes Tsiganes et Rom? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 319(2).

R. c. KRYMOWSKI, 101.

8. Police — Pouvoirs des agents des premières nations — Les agents des premières nations peuvent-ils mettre sur pied des opérations R.I.D.E. juste à l'extérieur des réserves au service desquelles ils ont principalement été embauchés? — Les agents des premières nations sont-ils encore, alors, des « agents de la paix » au sens du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 « agent de la paix » c), 145(3), 254(5) — Code de la route, L.R.O. 1990, ch. H.8, art. 48 — Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 42(1), 54(3).

R. c. DECORTE, 133.

9. Appel — Appel de plein droit — Dissidence en Cour d'appel ne soulevant pas une question de droit — Pourvoi cassé.

R. c. R.G.L., 288.

10. Preuve — Accusé trouvé coupable de six infractions d'ordre sexuel à l'endroit de deux jeunes enfants — Juge du procès examinant la preuve relative à d'autres chefs d'accusation contre l'accusé lors de son appréciation de la crédibilité de l'accusé relativement à un ensemble donné de chefs d'accusation — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en omettant de se prononcer sur la preuve ayant trait à chaque chef d'accusation séparément?

R. c. P.E.C., 290.

11. Moyens de défense — Légitime défense — Voies de fait — Consentement — Interprétation de l'arrêt Jobidon — Victime tuée par l'accusé lors d'une bagarre à coups de poing — Était-ce une bagarre entre adversaires consentants? — L'accusé peut-il invoquer la légitime défense? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 34.

R. c. PAICE, 339.

12. Preuve — Admissibilité — Ouï-dire — Exception relative aux coconspirateurs — Ouï-dire double — L'exception relative aux coconspirateurs respecte-t-elle les exigences de la méthode raisonnée applicable en matière de ouï-dire? — Est-ce qu'en l'espèce la preuve par double ouï-dire émanant d'un coconspirateur ne présentait pas les conditions requises en matière de fiabilité ou de nécessité et aurait dû être écartée?

R. c. MAPARA, 358.

13. Preuve — Admissibilité — Interception de communications — Échange à trois — Appel téléphonique à un tiers initié par une personne nommée dans l'autorisation d'écoute électronique — Cette personne et l'accusé parlent tour à tour avec le tiers durant l'appel — Selon l'autorisation, les policiers devaient cesser d'écouter lorsque la personne nommée dans l'autorisation

DROIT CRIMINEL — Suite

ne participait pas à la conversation — Les portions de la conversation téléphonique au cours desquelles l'accusé et le tiers parlaient ensemble auraient-elles dû être écartées? — La personne nommée dans l'autorisation continuait-elle d'être partie à la communication?

R. c. MAPARA, 358.

14. Interception de communications — Autorisations successives — Accusé et trois coaccusés inculpés de meurtre — Preuve du ministère public contre l'accusé principalement fondée sur des conversations téléphoniques interceptées — Aucune indication du nom de l'accusé dans l'affidavit accompagnant les deux premières demandes d'autorisation — Prétention de l'accusé que les autorisations subséquentes reposaient sur des renseignements obtenus illégalement en vertu des deux premières autorisations — L'accusé était-il une personne « connue » au sens du Code criminel lorsque les deux premières autorisations ont été demandées et obtenues? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 185(1)e).

R. c. CHOW, 384.

15. Procédure — Procès distincts — Accusé et trois coaccusés inculpés de meurtre — L'accusé a-t-il droit à un procès distinct afin de pouvoir contraindre un des coaccusés à témoigner? — Le refus d'un procès distinct l'a-t-il privé de son droit à une défense pleine et entière?

R. c. CHOW, 384.

16. Procès avec jury — Fonctions respectives du juge et du jury — Meurtre — Accusé ayant abattu d'un coup de feu un intrus qui refusait de quitter sa maison — Allégation de l'accusé que la fusillade était accidentelle et qu'il avait voulu utiliser son fusil uniquement pour intimider l'intrus en défendant son bien — Les questions de l'usage négligent d'une arme à feu et de l'intention étaient au cœur du procès — Le juge du procès a-t-il débordé le cadre légitime de sa fonction en disant au jury que l'existence de l'infraction d'usage négligent d'une arme à feu avait été établie et en omettant de lui donner des directives sur la défense d'un bien?

R. c. GUNNING, 627.

17. Preuve — Preuve circonstancielle — Possession récente.

R. c. DIONNE, 665.

18. Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — La période de détention présentencielle devrait-elle influer sur la possibilité d'ordonner l'emprisonnement avec sursis? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 719(3), 742.1.

R. c. FICE, 742.

DROIT CRIMINEL — Fin

19. Agression sexuelle — Consentement.

R. c. STENDER, 914.

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Responsabilité en matière de décontamination de sites — Services publics — Accord de fusion prévoyant que la nouvelle société assume tous les devoirs, responsabilités et obligations qui incombaient aux sociétés fusionnées « immédiatement avant la fusion » — Nouvelle société non exemptée de la responsabilité d'éliminer la contamination résultant des activités d'une des sociétés fusionnées avant la fusion — Texte de l'accord de fusion ne limitant pas la responsabilité de la nouvelle société.

BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (ENVIRONMENTAL APPEAL BOARD), 3.

DROITS DE LA PERSONNE

1. Législation en matière de droits de la personne — Application — Employés du Parlement — La Loi canadienne sur les droits de la personne s'applique-t-elle aux employés du Sénat et de la Chambre des communes? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 2.

CANADA (CHAMBRE DES COMMUNES) c. VAID, 667.

2. Droit à la vie et à l'intégrité de la personne — Délais d'attente du système de santé public — Dispositions provinciales prohibant aux résidents du Québec de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services de santé déjà dispensés par le régime de santé public québécois — Prohibition empêchant les résidents du Québec d'avoir accès à des soins de santé privés qui ne sont pas assujettis aux délais d'attente inhérents au régime public — La prohibition porte-t-elle atteinte aux droits à la vie et à l'intégrité de la personne garantis par l'art. 1 de la Charte des droits et libertés de la personne? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable au regard de l'art. 9.1 de la Charte? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 9.1 — Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29, art. 15 — Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28, art. 11.

CHAOULLI c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 791.

DROIT SCOLAIRE

1. Langue d'enseignement — Enseignement en anglais au Québec — Enfants des requérants déclarés non admissibles à fréquenter l'école publique de langue anglaise au Québec pour le motif qu'ils n'ont pas reçu la « majeure partie » de leur enseignement en anglais comme l'exige l'art. 73(2) de la Charte de la langue française — Constitutionnalité du critère de la « majeure partie » énoncé à l'art. 73(2) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23(2).

SOLSKI (TUTEUR DE) C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 201.

2. Langue d'enseignement — Enseignement en anglais au Québec — Membres de la majorité francophone au Québec privés du droit à l'enseignement en anglais sauf dans certaines circonstances — La loi relative à l'enseignement en anglais au Québec viole-t-elle les droits à l'égalité? — Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11, art. 73 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 12 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23.

GOSSELIN (TUTEUR DE) C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 238.

IMPÔT SUR LE REVENU

Calcul du revenu d'emploi — Prestations d'assurance invalidité — Principe de la substitution — Arrêt par l'assureur du versement des prestations d'assurance invalidité — Poursuite intentée contre l'assureur par le contribuable et réglée par le paiement d'une somme forfaitaire — Renonciation dégageant l'assureur de toute responsabilité — La somme forfaitaire a-t-elle été versée « en vertu d'un régime d'assurance invalidité »? — La partie de la somme forfaitaire correspondant à des prestations d'invalidité échues est-elle imposable? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 6(1)f).

TSIAPRAILIS C. CANADA, 113.

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Intérêt — Intérêt au taux postérieur au jugement — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 50.

PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD. C. VICTORIA (VILLE), 286.

LIBERTÉS PUBLIQUES

Droits à l'égalité — Langue d'enseignement — Membres de la majorité francophone au Québec privés du droit à l'enseignement en anglais sauf dans certaines circonstances — La loi relative à l'enseignement en anglais au Québec viole-t-elle les droits à l'égalité? — L'égalité exige-t-elle que tous les enfants au Québec aient accès à l'école publique anglaise? — Le droit à l'égalité est-il opposable à l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11, art. 73 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 12.

GOSSELIN (TUTEUR DE) C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 238.

MÉDECINS ET CHIRURGIENS

1. Secret professionnel — Dossier médical — Accès au contenu d'un dossier médical — Étendue de la divulgation — Principe de la pertinence.

GLEGG C. SMITH & NEPHEW INC., 724.

2. Secret professionnel — Dossier médical — Renonciation — Renonciation du patient à la confidentialité de son dossier médical et au secret professionnel du médecin — Portée et limite de cette renonciation.

GLEGG C. SMITH & NEPHEW INC., 724.

PÊCHE

Restitution d'objets saisis mais non confisqués — Paiement d'intérêts — Restitution du produit de la vente de poisson saisi conformément à la Loi sur les pêches, une fois les procédures arrêtées — Produit de la vente restitué sans intérêts — La Couronne devait-elle des intérêts sur le produit de la vente retenu en attendant l'issue du litige? — Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14, art. 73.1.

GLADSTONE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 325.

PRATIQUE

Cour suprême du Canada — Requête en prorogation du délai pour déposer la demande d'autorisation d'appel — Manque de diligence pour déposer la demande — Requête rejetée.

JANSSEN-ORTHO INC. C. NOVOPHARM LTD., 776.

PROCÉDURE CIVILE

Production de documents — Dossiers médicaux — Interrogatoire préalable — Demanderesse poursuivant en responsabilité civile ses médecins traitants et le fabricant d'une prothèse — Partie importante des dommages-intérêts réclamés correspondant aux chefs de souffrance et douleur, choc et nervosité — Objection de la demanderesse à la divulgation de son dossier médical tenu par son psychiatre au cours de l'interrogatoire préalable — Cette objection doit-elle être rejetée? — La demanderesse a-t-elle renoncé implicitement à la confidentialité de son dossier médical? — Les défendeurs ont-ils démontré la pertinence de cette divulgation?

GLEGG C. SMITH & NEPHEW INC., 724.

PROTECTION DES ADULTES

Plan de soins pour adultes ayant besoin de protection — Compétence du Tribunal de la famille — Le Tribunal de la famille a-t-il compétence pour imposer des conditions aux plans de soins proposés par le ministre de la Santé à l'égard d'adultes vulnérables? — Adult Protection Act, R.S.N.S. 1989, ch. 2, art. 9(3)c).

NOUVELLE-ÉCOSSE (MINISTRE DE LA SANTÉ) C. J.J., 177.

RELATIONS DE TRAVAIL

Fonction publique — Griefs — Prestations de retraite anticipée — Tribunaux — Compétence — Fonctionnaire déclaré excédentaire souhaitant toucher les prestations de retraite anticipée prévues par règlement, mais non par la convention collective — Le différend en matière de relations de travail au sujet du droit à ces prestations doit-il être tranché selon la procédure de grief prévue à la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique? — L'absence de « recours à un décideur indépendant » dans la procédure de grief suffit-elle pour justifier l'intervention des tribunaux? — Le fonctionnaire a-t-il la possibilité de recourir au tribunal lorsque le différend peut faire l'objet d'un grief mais non d'un arbitrage? — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-35, art. 91, 92.

VAUGHAN C. CANADA, 146.

VENTE DE MARCHANDISES

Garanties légales — Violation de garanties — Camion détruit par un incendie causé par un défaut de fabrication — Consommateur ayant poursuivi avec succès en vertu de la loi sur la protection des consommateurs le fabricant et le détaillant pour violation des garanties légales — La violation de la loi sur la protection des consommateurs justifiait-elle l'octroi de dommages-intérêts exemplaires? — La violation était-elle « délibérée »? — Consumer Protection Act, S.S. 1996, ch. C-30.1, art. 65.

PREBUSHEWSKI C. DODGE CITY AUTO (1984) LTD., 649.

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
http://publication.gc.ca

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
http://publication.gc.ca